LA PRUEBA DE LOS HECHOS

MICHELE TARUFFO

[illegible]

La prueba de los hechos

La prueba de los hechos

Michele Taruffo

Traducción de Jordi Ferrer Beltrán

E D I T O R I A L   T R O T T A

La traducción de esta obra ha sido financiada por el



Via Val D'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
Tel.: +39 051 271992 Fax: +39 051 265983
e-mail: seps@alma.unibo.it - www.seps.it

Primera edición: 2002
Segunda edición: 2005

Título original: La prova dei fatti giuridici

ISBN: 84-8164-534-6
Depósito Legal: M-4.459-2005

Impresión
Fernández Ciudad, S.L.

ÍNDICE

A MODO DE PRESENTACIÓN

Daniel Mendonca y Jordi Ferrer Beltrán

La idea de traducir al castellano este libro surgió en 1996 durante una cena en Asunción (Paraguay). La conversación versaba acerca de los temas que la teoría del derecho debería abordar y que, en cambio, habían sido olvidados de forma reiterada. En ese punto, la referencia a la prueba se hacía imprescindible. Pensamos entonces que la traducción castellana de la obra de Michele Taruffo que ahora se presenta sería una valiosa contribución para la literatura jurídica en esa lengua acerca de un tema tan complejo como el de la prueba.

Por otro lado, a pesar de que ese tema está vinculado con ámbitos de estudio muy diversos, es fácil constatar que en nuestra cultura jurídica ha sido abordado principalmente desde la dogmática procesal y con un enfoque en gran medida centrado en la descripción de la regulación jurídica sobre la prueba propia de cada ordenamiento. Por ello, resultaba clara la carencia en lengua castellana de estudios que, sin desconocer las particularidades jurídicas de la prueba, adoptaran un punto de vista más general. Y éste es el punto de partida del libro que ahora se presenta. Se trata de un trabajo escrito por un procesalista eminente cuyos intereses y conocimientos van mucho más allá del estricto ámbito de su disciplina. Por ello, este libro puede resultar de interés tanto a los especialistas teóricos o prácticos del derecho procesal como también a cualquier jurista interesado por el tema de la prueba y, desde luego, a los teóricos del derecho preocupados por el problema de la aplicación del derecho.

En una presentación como ésta, que en absoluto pretende merecer el título de estudio preliminar u otros con mayor empaque, la exposición de las líneas generales que recorren el libro debe ser necesariamen-

te escueta. No obstante, la brevedad no debe confundirse con la inexactitud, de modo que intentaremos en lo que sigue ser fieles al pensamiento de Taruffo.

De acuerdo con un modelo extendido, las resoluciones judiciales se basan en un razonamiento cuya conclusión es la decisión y cuyas premisas se encuentran en la motivación. Consiguientemente, como entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, una decisión fundada exige que la conclusión se deduzca lógicamente de las premisas. Siendo esto así, cabe señalar que el razonamiento judicial en virtud del cual se pretende mostrar que una decisión está justificada es deductivo, o puede ser presentado como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas (premisas normativas y premisas fácticas), se llega a una conclusión en virtud de la cual ciertas consecuencias jurídicas son asignadas a un caso individual. Este modelo reconstructivo del razonamiento judicial es conocido, en general, como «modelo silogístico».

El modelo deductivo de la justificación judicial funciona, según Taruffo, si se establecen correctamente las premisas fácticas y normativas y las relaciones lógicas entre ellas y la conclusión. Sin embargo, el problema central del modelo es, en su opinión, que no ofrece respuesta alguna acerca del establecimiento de las premisas, es decir, acerca de la selección de las normas, por un lado, y la determinación de los hechos, por otro.

Está claro que la determinación de los hechos depende del derecho en gran medida, pues el derecho establece cuáles son los hechos relevantes y los medios admisibles para probarlos. Por tanto, el propio derecho determina lo que en el proceso constituye el hecho a probar. Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa, esencialmente, definir cuál es el hecho concreto (histórico, específico) al que se aplica la norma idónea para decidir el caso o establecer cuál es el hecho controvertido que posibilitará seleccionar la norma aplicable al caso.

Para la decisión, pues, los únicos hechos que deben ser determinados (y lo deben ser todos ellos) son aquellos a los que se aplica la norma empleada como criterio jurídico de decisión. Esto introduce, por cierto, el concepto de relevancia jurídica del hecho: objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante. El problema fundamental resulta ser, entonces, el de las elecciones que el juez debe efectuar para seleccionar las premisas fácticas del razonamiento, lo que importa un inevitable proceso de «recorte» de la realidad sobre la base del criterio de relevancia asumido.

Es de destacar que la identificación del hecho a probar es, a menudo, cuanto menos complicada, especialmente por la forma en que las normas configuran los supuestos de hecho a los que vinculan efectos jurídicos y por los diversos caracteres que por lo común tales hechos presentan. Debe tenerse presente que cuando se alude a la «construcción», «definición» o «determinación» de los hechos no se hace referencia, propiamente, a hechos sino a enunciados acerca de hechos: no son hechos del mundo real los que se «construyen», «definen» o «determinan», sino enunciados relativos a hechos del mundo real. En el proceso, pues, sólo están presentes descripciones de hechos acaecidos fuera de él, no los hechos mismos. En este contexto, desde luego, sólo es posible atribuir valores de verdad a enunciados descriptivos de hechos.

Sobre esta base, el problema central no es si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien establecer qué debe entenderse por «verdad de los hechos» en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse. Éste es, para Taruffo, un problema eminentemente epistemológico, pues afecta a los caracteres y a las modalidades del conocimiento acerca de hechos, aunque sea en el ámbito de un contexto específico, regido por reglas y exigencias institucionales particulares.

Tras descartar las nociones de verosimilitud y probabilidad para su reconstrucción teórica, Taruffo asume la noción de verdad por correspondencia propuesta por Tarski, alegando que ella representa una versión epistemológicamente moderna y metodológicamente adecuada de la verdad. De acuerdo con esta noción, un enunciado descriptivo es verdadero si, y sólo si, se corresponde con un hecho (*i.e.*, un estado de cosas real): un enunciado verdadero describe un hecho que ocurre o, en el caso de un enunciado sobre el pasado, un hecho que ocurrió; por el contrario, un enunciado falso da cuenta de un hecho que no ocurre o no ocurrió. La verdad es, en suma, correspondencia con un hecho.

De inmediato, sin embargo, Taruffo plantea la cuestión de si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos y si sobre ellos es posible un estado de certeza total e incontestable. En su opinión, puede afirmarse que, no siendo el proceso judicial una empresa científica, no resulta necesario establecer verdades absolutas, siendo suficiente establecer verdades relativas que permitan ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. Según Taruffo, estas observaciones constituyen un punto de partida adecuado para la discusión acerca de las cuestiones referentes a la prueba y a la determinación de los hechos. A partir de allí, en este contexto, resulta posible hablar simplemente de «verdad», en el sentido de «verdad relativa», sin ulteriores confusiones. Éste es, por lo demás, según Taruffo, el único sentido sensato que el

término «verdad» puede asumir en el proceso, así como en otros campos de experiencia.

Según Taruffo, por cierto, resulta obvio que en el proceso judicial sólo es posible establecer una verdad relativa en dos sentidos: relativa a los medios de conocimiento, pues ellos no son ilimitados y se hallan regulados por el propio sistema legal, y relativa al contexto, pues es dependiente de presuposiciones, conceptos y reglas de ese ámbito.

Una vez relativizada la noción de verdad, Taruffo introduce la idea de grados o medidas de conocimiento. Tales grados de conocimiento se sitúan a lo largo de una escala o dimensión en la que pueden ser ordenados y comparados. En los extremos de la escala figuran el desconocimiento y el conocimiento de la verdad absoluta. Un grado de conocimiento es un grado (y, en ese sentido, es conocimiento relativo) en la medida en que se sitúa en algún punto intermedio entre el desconocimiento y el conocimiento de la verdad absoluta de algo.

Dicha graduación se refleja en dos escalas diferentes que representan las distintas situaciones probatorias, desde el punto de vista del grado de confirmación de las hipótesis sobre los hechos; el grado de confirmación de una hipótesis fáctica, por cierto, deriva exclusivamente de los elementos de prueba relativos específicamente a aquella hipótesis, y disponibles en la situación en la que tiene lugar la valoración. La primera, una escala de 0 a 1, que indica el valor probatorio específico de cada medio de prueba con relación a la hipótesis sobre el hecho; y la segunda, una escala de 0 a ∞, que indica el valor probatorio conjunto de diversos medios de prueba con relación a la hipótesis sobre el hecho. Cabe señalar que la referencia numérica de ambas escalas debe ser entendida sólo como una forma de expresar ciertas relaciones y no como una cuantificación de estas.

Con este soporte teórico el problema de la aceptabilidad (atendibilidad) de una hipótesis se traduce en la valoración relativa al grado de confirmación que la hipótesis ha recibido sobre la base de los elementos de prueba aportados: si tal grado es considerado suficiente, la hipótesis es aceptable y, por tanto, puede ser tenida en cuenta como base de la decisión. Se trata, pues, de una valoración o apreciación discrecional que el juzgador efectúa al tiempo de la decisión. Está claro, por supuesto, que dicha valoración escapa a cualquier rígida determinación cuantitativa, aunque puede afirmarse, estipulativamente, que en la situación más simple, en la que la hipótesis viene confirmada por un único elemento de prueba, ésta puede considerarse aceptable si el valor de este elemento, medido en la escala de 0 a 1, es de al menos 0,5; si, por el contrario, una hipótesis tiene un grado de confirmación superior a 0 pero inferior a 0,5, aunque pueda resultar sensata, no sería aceptable.

Y en una situación más compleja, cuando existen dos hipótesis en pugna (contrarias o incompatibles), la elección de una de ellas se hará basándose en el criterio de la confirmación prevalente, esto es, habrá que elegir la hipótesis que posee un apoyo relativamente mayor, a partir del conjunto de los elementos de prueba disponibles. Esta elección es racional, precisamente, porque es relativa, puesto que se trata sólo de identificar la hipótesis alternativa con mayor grado de confirmación en una escala de 0 a ∞, en atención a la totalidad de los elementos de prueba aportados. La elección sigue siendo racional, por cierto, incluso en el supuesto de que dos hipótesis tengan grados de confirmación levemente diversos, así como en el supuesto de que ambas tengan un bajo grado de confirmación.

Finalmente, una vez examinada la cuestión vinculada con los criterios conforme a los cuales puede ser racionalmente adoptada la decisión relativa a la fundamentación de la hipótesis fáctica, Taruffo examina los aspectos jurídicos de tal decisión. Como bien advierte Taruffo, la prueba judicial se halla sujeta a regulación legal en diversos aspectos: la admisibilidad de los diferentes medios de prueba posibles, la formación de la prueba en el proceso, la valoración de la prueba producida y, por último, la exposición en el fallo de los juicios acerca de los hechos probados en el proceso. A estas cuestiones, así como a una tarea de desbroce conceptual y terminológico de los distintos problemas vinculados con el análisis teórico-jurídico de la prueba, se dedican los dos últimos capítulos del libro.

Dado que éste es el primer libro de Michele Taruffo que se traduce al castellano, quizás resulte de interés realizar una mínima presentación de su autor. Michele Taruffo (1943) es doctor en Derecho por la Universidad de Pavía, donde ejerce la docencia y la investigación desde 1976 como profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil. Taruffo ha sido, además, profesor visitante de la Universidad de Cornell (1994-1996) y conferenciante en otras tantas universidades, como las de Pennsylvania, Harvard, Northwestern (Chicago) Fráncfort del Meno, París, Lund, Tampere, Turku, Helsinki, Madrid, Palma de Mallorca, Pompeu Fabra (Barcelona), Varsovia, Lodz, Cracovia, San Francisco, Tokio, Beijing, Curitiba y Sao Paulo, por citar sólo algunas.

Taruffo es, asimismo, miembro de muchas de las más prestigiosas asociaciones de Derecho Procesal, como el American Law Institute, la International Association of Procedural Law, el Instituto Brasileiro do Dereito Processual, la Association Henri Capitant des amis de la culture française, la Associazione italiana tra gli studiosi del diritto processuale,

la Associazione italiana di diritto comparato y la Società italiana di filosofia giuridica e politica. Es miembro, además, del comité científico de importantes revistas, entre las que figuran la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, la *Rivista critica del diritto privato*, la revista *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, *Ragion Pratica*, y miembro del comité científico de la prestigiosa editorial italiana II Mulino.

Entre sus obras más importantes cabe destacar *Studi sulla rilevanza della prova* (Padua, 1970), *La motivazione della sentenza civile* (Padua, 1975), *II processo civile «adversary» nell'esperienza americana* (Padua, 1979), *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi* (Bolonia, 1980), *II vertice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile* (Bolonia, 1991) y la que ahora se presenta en versión castellana, *La prova dei fatti giuridici* (Milán, 1992). Ha colaborado, además, en numerosas obras colectivas sobre derecho procesal y teoría del derecho y ha editado un centenar de artículos sobre temas de su especialidad.

NOTA DEL TRADUCTOR

Es casi un lugar común que el trabajo de traducción exige una dedicación atenta a la obra que se está traduciendo, que es difícil concluirlo con resultados satisfactorios e incluso que supone un esfuerzo en gran medida ingrato. No puedo decir nada respecto al segundo de los aspectos por razones evidentes. En cambio, sí quiero señalar que la obligada dedicación que ha exigido la traducción de esta obra ha tenido para mí grandes recompensas. Desde 1999 estoy dedicando mi investigación a algunos problemas vinculados con la prueba de los hechos en el marco del proceso judicial y considero que la obra de Michele Taruffo (que no se agota, por supuesto, en este libro) es fundamental para obtener una visión general al respecto. Por ello, espero que los lectores de lengua castellana puedan encontrar en la lectura de este libro el estímulo que yo he encontrado en su traducción.

Por otra parte, son muchas las personas que han animado desde el inicio para que esta versión castellana viera la luz. A riesgo de cometer algún olvido injustificable, quisiera mencionar a Perfecto Andrés Ibáñez, Manuel Cachón, Daniel Mendonca y José Juan Moreso. El primero fue instigador y hasta cooperador necesario para el éxito del proyecto. Los demás han sufrido mis permanentes consultas y han leído todo o parte del manuscrito de la traducción, lo que sin duda ha contribuido a mejorarla ostensiblemente. Por último, Michele Taruffo ha leído también el manuscrito y soportado infinidad de correos electrónicos en los que le he planteado mis dudas acerca de la traducción, a menudo sólo debidas a mi desconocimiento.

La versión castellana que se presenta tiene muy pocos cambios respecto de la edición original italiana. El lector podrá encontrar la diferencia más llamativa en las notas bibliográficas. En este punto, con el

consentimiento del autor, he seguido las siguientes reglas (casi sin excepciones): *a*) cuando en la edición italiana se citan trabajos en su versión original, he añadido la correspondiente referencia a la versión castellana, si la hay; *b*) cuando en la edición italiana se citan trabajos en versión no original, la he sustituido por la edición castellana de la obra citada, si la hay, o por la edición original. Por supuesto, el cumplimiento exhaustivo de estas reglas ha tenido sus límites en el conocimiento y en la accesibilidad de las obras en sus versiones originales o castellanas. Por otra parte, en alguna ocasión no se ha podido indicar la página correspondiente de la edición española de los trabajos citados por no disponer del original y la traducción a los efectos de realizar el debido cotejo. En esos casos, se indica simplemente la existencia de traducción castellana de la obra.

Además, se ha añadido una entrevista final al autor y una nota de actualización bibliográfica. Aunque la fórmula de la entrevista no es novedosa en absoluto, sí es cierto que no resulta habitual encontrarla en una obra de estas características. No obstante, de común acuerdo con el autor, pensamos que podía ser una forma ágil que permitiera al autor señalar los aspectos de su pensamiento contenidos en el libro que hubiesen podido variar en los diez años transcurridos desde la aparición de la edición original. Además, el formato de la entrevista presenta dos ventajas adicionales: ofrece al lector reflexiones de mucho interés de un jurista prestigioso que difícilmente tendrían cabida en otros tipos de texto y mantiene una relativa independencia respecto del libro original, de forma que puede ser comprendida autónomamente. Finalmente, el autor ha añadido también una nota de actualización bibliográfica en la que señala algunas de las obras más importantes aparecidas después de la edición original del libro.

Por último, sin perjuicio de las indicaciones específicas que en las correspondientes notas del traductor pueden encontrarse a lo largo del libro, quisiera hacer un par de consideraciones respecto de la traducción de algunas expresiones particularmente importantes.

La expresión italiana *accertamento dei fatti* (y sus variantes) no tiene una traducción literal y tampoco una forma que pueda considerarse estándar en castellano. Son posibles algunas opciones como 'verificación de los hechos', que pueden producir confusión porque el verbo 'verificar' también es usado en otro sentido más estricto. Otros autores, como Sentís Melendo, han usado la expresión 'acertamiento de los hechos', que no he adoptado, ya que es extraña al lenguaje común y hasta al técnico-jurídico castellano. Por ello, he optado por usar la expresión castellana 'determinación de los hechos' (y sus variantes). La locución 'determinación de los hechos' (y sus variantes) pudiera dar lugar a interpretaciones subjetivistas que casarían mal con la teoría de la prueba que Taruffo sostiene en la obra y que, por tanto, deben evitarse. Finalmente, cabe advertir que ésta no es una locución extraña en nuestra legislación (así, por ejemplo, el art. 306 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, se refiere a «las preguntas que se reputen conducentes para determinar los hechos») ni tampoco en nuestra jurisprudencia (dos ejemplos bastarán entre los muchísimos posibles: la STS de 20 de enero de 1990 (R. 460) advierte que «[...] la infracción de ley [...] tiene lugar no sólo cuando se subsume incorrectamente un hecho bajo una prescripción legal, sino también cuando se *determina el hecho probado* infringiendo las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o contradiciendo conocimientos científicos», y la STS de 8 de octubre de 1990 (R. 7816) señala, en sentido análogo, que «[...] se cuestiona la corrección del razonamiento del Tribunal *a quo* en *la determinación de los hechos probados*. Tal objeción puede ser materia de recurso de casación por infracción de ley [...]». Las cursivas son mías).

La segunda advertencia tiene que ver con la traducción de la expresión italiana *argomenti di prova* por la castellana 'inferencias probatorias'. Ese tipo de inferencias están previstas expresamente, por ejemplo, en el artículo 116.2 del cod. proc. civ. it., en el que se establece que el juez puede extraerlas a partir de las respuestas que las partes ofrezcan al interrogatorio no formal, a partir de su rechazo injustificado a consentir las inspecciones, así como del comportamiento procesal de las partes (véase, *infra*, capítulo VI, 3.2). En la legislación española véase, por ejemplo, lo establecido en el artículo 307 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Como puede observarse, en todos los casos se trata de inferencias obtenidas a partir de la conducta de las partes en el proceso. En sentido estricto, éstas son sólo una parte de las inferencias que en materia de prueba que pueden realizarse a los efectos de la decisión sobre los hechos. No obstante, dado que no está establecida en lengua castellana una fórmula equivalente a la italiana *argomento di prova* y para evitar un giro lingüístico cuya reiteración podría resultar tediosa (como, por ejemplo, 'inferencias probatorias obtenidas de la conducta procesal de las partes'), he optado por usar la expresión 'inferencias probatorias' *tout court* y reservar, en cambio, la expresión 'inferencias sobre la prueba' para hacer referencia a la noción más general que incluye a las primeras (es decir, a las inferencias obtenidas a partir de cualquier tipo de enunciado fáctico, no necesariamente restringido a aquellos referidos a la conducta de las partes en el proceso).

Girona, julio de 2001

JORDI FERRER BELTRÁN

Capítulo I

PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

Sumario: 1. Introducción: prueba y verdad.–2. La negación de la verdad en el proceso civil.–2.1. La imposibilidad teórica.–2.2. La imposibilidad ideológica.–2.3. La imposibilidad práctica.–3. La irrelevancia de la verdad en el proceso civil.–4. La verdad posible en el proceso civil.–4.1. La posibilidad teórica.–4.2. La oportunidad ideológica.–4.3. La posibilidad práctica.–5. Teorías de la verdad y funciones de la prueba.

1. *Introducción: prueba y verdad.*–Habitualmente, en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema[1]. En cierto sentido, incluso es

1. La idea de que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos está difundida en todas las culturas jurídicas, de forma que no es posible, y tampoco necesario, ofrecer al respecto indicaciones completas.

A título meramente ejemplificativo v., en la doctrina italiana más reciente, Verde, *Prova. B) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 589 ss.; Ricci, *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo, 1990, pp. 151 ss.; Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, en *Riv. dir. proc.*, 1986, pp. 239 ss.; Id., *Modelli di prova e di procedimento provatorio, ivi*, 1990, pp. 420 ss., 443 ss.

En la doctrina francesa v., por ejemplo, Vincent y Guinchard, *Procédure civile*, Paris, [21]1987, p. 910; Ghestin y Goubeaux, *Introduction générale*, I, en *Traité du droit civil*, dirigido por J. Ghestin, Paris, 1977, p. 441; Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, [2]1989, pp. 289 ss.

En el sistema alemán la determinación de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos está identificada expresamente como finalidad de la libre valoración de las pruebas por el § 286 de la *ZPO*. Al respecto, y sobre la consiguiente función de la prueba, v. Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, especialmente pp. 149 ss. [tr.

posible concebir las numerosas teorías y definiciones de la prueba como simples reformulaciones, en cada caso condicionadas por muy distintos factores culturales y técnico-jurídicos, de esta idea fundamental.

Ahora bien, apenas se intenta ir más allá de las intuiciones genéricas se presenta una gran cantidad de cuestiones, variantes y contradicciones que hacen del tema de la prueba uno de los aspectos más complicados y confusos de la teoría del proceso. Las razones de esta situación son muchas y no vale la pena intentar elaborar aquí un elenco de las mismas. Sin embargo, es oportuno mencionar algunos problemas de orden general cuya consideración puede aportar alguna clarificación preliminar y contribuir a explicar algún aspecto del análisis que se realizará en adelante.

Un primer problema proviene del hecho de que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiende, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrar en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología. No era así para el modelo ideal de la prueba típico del derecho común de la Europa continental: el sistema de la prueba legal, en efecto, estaba pensado como un conjunto orgánico, cerrado y completo de reglas jurídicas capaces de abarcar cualquier aspecto de la prueba de los hechos en juicio[2]. En ese sistema podía tener espacio una concepción únicamente jurídica de la prueba, aunque sólo fuera porque todo criterio o regla referida a la prueba tendía a asumir la vestimenta de regla jurídica, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando no lo establecía directamente el legislador. La afirmación del principio de la libre valoración de las pruebas implica, como es bien sabido, una serie de cambios radicales en los sistemas de derecho común[3]; entre ellos,

cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banzhaf, Bogotá-Colombia, 1985, especialmente pp. 167 ss.]; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München, ³1988, p. 174; Arens, *Zivilprozessrecht*, München, ²1984, p. 177.

En la doctrina del *common law* la situación es, en cambio, mucho más compleja, ya que se discute si el proceso debe o no tender hacia la búsqueda de la verdad y, por tanto, es dudoso si, en ese sentido, está individualizada la función de la prueba: v. referencias, al respecto, en Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 3 ss. Esta duda afecta únicamente, sin embargo, a la doctrina anglosajona *del proceso*, mientras que la teoría ortodoxa de la prueba es, en cambio, constante en sostener que aquélla es un instrumento para determinar la verdad de los hechos. Cf., al respecto, Twining, *Evidence and Legal Theory*, en *Legal Theory and Common Law*, ed. por W. Twining, Oxford, 1986, pp. 66, 69.

2. Cf., más ampliamente, *infra*, capítulo V, 2 y 2.3.

3. Cf., en particular, Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pp. 81 ss., 145 ss., 180 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 67 ss., 76 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 67 ss., 83 ss.].

tiene aquí particular importancia el hecho de que se pone en crisis el principal núcleo del sistema de la prueba legal, es decir, la regulación jurídica de la eficacia de la prueba[4]. La valoración de la prueba se sustrae del ámbito de las reglas jurídicas a partir del momento en que es atribuida al juez en lugar de al legislador: resulta así evidente que el fenómeno de la prueba no puede (o no puede ya) disolverse en las normas que lo regulan. Más en general, resulta imposible definir y analizar de forma completa la prueba si nos situamos exclusivamente en la dimensión jurídica del problema. Naturalmente, siguen siendo posibles y legítimos los análisis jurídicos del derecho de las pruebas: sin embargo, éstos son definiciones *parciales*, ya que están referidos a una sola dimensión, aunque importante, del fenómeno de la prueba. Esto supone que hay que recurrir necesariamente, *también*, a métodos provenientes de otros campos del pensamiento, en la medida en que remite necesariamente a problemas de orden general que, precisamente por ello, no pueden ser sensatamente capturados por un conjunto de reglas jurídicas ni comprendidos mediante el recurso exclusivo a las nociones y a las técnicas de la interpretación jurídica. El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener una visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos. No se quiere decir con esto que el análisis jurídico de la prueba carezca de sentido, sino que éste puede tener un significado no marginal sólo en la medida en que sea integrado en un análisis adecuado de los aspectos extra-jurídicos del problema de la determinación del hecho.

Una vez se va más allá de la mera exégesis de las normas que regulan las pruebas, el problema que inevitablemente se presenta es el de la verdad de la determinación de los hechos en el ámbito del proceso. Como se ha mencionado al inicio, es habitual pensar que las pruebas sirven para establecer si los hechos relevantes para la decisión se han producido realmente y, en su caso, cuáles de ellos; es decir, para fundar y controlar la verdad de las afirmaciones que tienen a esos hechos por objeto.

Sin embargo, una vez establecida la vinculación funcional entre prueba y verdad de los hechos de la causa, el problema no sólo no se agota sino que se enriquece con una noción aún más complicada, variable y, en ciertos aspectos, esquiva.

Hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce

4. V., *infra*, capítulo V, 2.3.

relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso.

El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad «judicial» o «procesal» especial y la idea o las ideas que se tienen de la verdad fuera del proceso. Esencialmente, se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad del proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por «verdad judicial» y menos aún establecer qué se entiende por «verdad» *tout court*.

Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una verdad «formal» (o «judicial» o «procesal») que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad «material» (o «histórica», «empírica» o, simplemente, «verdad») referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales[5]. Es habitual también distinguir entre una verdad «relativa», que es típica del proceso, y una verdad «absoluta», que existiría en algún lugar fuera del proceso[6].

La distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo[7]. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente «distinta» y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para

5. Sobre la distinción entre verdad formal y verdad material, v., principalmente, Carnelutti, *La prova civile*, Roma, ²1947, pp. 29, 56, 61 [tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá Zamora, Buenos Aires, ²1982, pp. 20 s., 44 s., 52]. V., además, Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, pp. 18 ss. [tr. cast., *Teoría de la prueba legal*, a cargo de S. González Collado, Madrid, 1954, pp. 22 ss.]; Vocino, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, en *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, II, pp. 598 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 77 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 86 ss.].

6. V., por ejemplo, Vocino, *op. cit.*, p. 600; Furno, *op. cit.*, pp. 12 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 17 ss.]. Sobre la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa v., además, en este capítulo, *infra*, 4.3. y Capítulo III, 1.

7. V., en especial, Vocino, *op. cit.*, pp. 598 ss.; Furno, *op. cit.*, pp. 22 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 26 ss.].

excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas[8], pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto a la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal. Se podrá decir que la verdad «del proceso» tiene algunas peculiaridades relevantes que derivan de su situación conceptual dentro de un contexto específico y jurídicamente determinado, pero estas peculiaridades no bastan para fundamentar un concepto autónomo de «verdad formal». La consecuencia es que también la «verdad material» entra en el proceso, lo que crea problemas ulteriores. El hecho es que la distinción entre verdad formal y material deja sin definir la última de ellas, identificada únicamente por oposición con la verdad formal, que se considera la típica del proceso. Cuando se elimina o supera esta distinción y, precisamente, se piensa que de alguna forma y en alguna medida el proceso y las pruebas tienen que ver con la denominada verdad material, se presenta el problema de determinar qué es esa verdad. Esto es, se produce la remisión inmediata e inevitable, que ya se ha mencionado, a la dimensión extraprocesal y extrajurídica del problema de la verdad. En otros términos: el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos en el proceso, y para qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general. La expresión «verdad material», y las otras expresiones sinónimas, resultan etiquetas sin significado si no se vinculan al problema general de la verdad. Desde este punto de vista, el problema de la verdad de los hechos en el proceso no es más que una variante específica de ese problema más general.

El segundo tipo de razones por el que la relación prueba-verdad de los hechos es altamente problemático se refiere al lugar que se atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso.

Una forma muy difundida para resolver (o, mejor, para disolver) la cuestión consiste simplemente en afirmar que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos. Esta afirmación es típica de las teorías que sostienen que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas[9], pero tiene también espacio fuera de esas teorías[10]

8. V., *infra*, 4.3.
9. V., *infra*, 2.2.
10. Cf., por ejemplo, Furno, *op. cit.*, pp. 28 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 33 ss.].

cuando se quiere evitar afrontar las dificultades de la relación entre verdad procesal y verdad *tout court*. Así, se dice, por ejemplo, que la única verdad que importa es la que es establecida por el juez en la sentencia, ya que fuera de ella no hay ninguna otra verdad que interese al Estado[11] o a la administración de justicia o, mucho menos, a las partes. En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general y al proceso civil en particular[12].

Se produce aquí un fenómeno interesante, que Twining ha identificado en la doctrina del *common law*[13], pero que se manifiesta también en otros lugares[14]. Se trata de una evidente contradicción que surge entre la teoría de la prueba y la teoría del proceso en general: en el ámbito de la primera se dice habitualmente, en efecto, que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos; en el ámbito de la segunda se dice a menudo, en cambio, que la función del

11. Cf. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, reed., Napoli, 1965, p. 79 [tr. cast., *Principios de derecho procesal civil*, a cargo de J. Casais Santaló, Madrid, 1977, t. I, pp. 109-110].

12. En el sentido de que el proceso está destinado únicamente a conseguir una *fijación formal del hecho*, pero no a establecer su verdad, v., en especial, Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 26 ss., 31 ss., 48 ss., 61 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 18 ss., 23 ss., 37 ss., 52 ss.]. Análogamente, v., entre lo más reciente, Verde, *Prova legale e formalismo*, en *Foro it.*, 1990, V, p. 466.

13. Cf. Twining, *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, p. 74; Id., *Hot Air in the Redwoods. A Sequel to the Wind in the Willows*, en 86 *Mich. L. R.*, 1988, p. 1533; Id., *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 71.

14. Un ejemplo interesante puede encontrarse, en la doctrina italiana, en Chiovenda: por un lado, afirma que la determinación de los hechos no puede depender de la voluntad de las partes, ya que la verdad es una sola, y que la función de la prueba es la de formar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos; por el otro, sin embargo, afirma que la verdad material de los hechos no cuenta, que la única verdad que cuenta es aquella que el juez enuncia en la sentencia (cf. *Principii*, cit., pp. 78 s., 732, 809 —tr. cast., *Principios*, t. I, pp. 108-110, y t. II, pp. 194 s., 296—). Al respecto, en sentido crítico, cf. Vocino, *op. cit.*, p. 599. También respecto de este tema se pueden encontrar oscilaciones relevantes en el pensamiento de Calamandrei, que ha dedicado especial atención al problema del juicio de hecho. En efecto, algunas veces sostiene que el proceso debe establecer la verdad (v., por ejemplo, *Processo e giustizia*, ahora en *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 573 —*Proceso y justicia*, en *Derecho procesal civil*, tr. cast. a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, p. 215—), y otras veces, en cambio, descarta que el juez determine la verdad de los hechos (v., por ejemplo, *Il processo come gioco*, ahora en *ibid.*, p. 556 —tr. cast., *El proceso como juego*, en *Derecho procesal civil*, cit., pp. 285 ss.—), mientras que otras veces, en fin, emplea un concepto ambiguo e incierto de verdad (v. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, ahora en *ibid.*, vol. V,

proceso no consiste en absoluto en determinar la verdad de los hechos. En este caso, queda por explicar para qué sirven las pruebas en el proceso, dado que éstas conducen a producir resultados en los que el proceso no estaría interesado.

Naturalmente, esta contradicción está en la teoría y no en los objetos de la teoría[15]; ahora bien, esa contradicción tiene la utilidad de poner en evidencia de un modo muy claro un punto importante en el que la teoría procesal de la prueba no alcanza siquiera a definir de forma coherente el propio objeto. En realidad, no es sólo la definición de la prueba lo que permanece dudoso: también la forma de entender la estructura de la decisión judicial queda ampliamente indeterminada si no se especifica cuál es la relación entre la decisión y los hechos, es decir, si se puede o no, si se debe o no tender a reconstruir los hechos con el máximo de veracidad posible.

Éstos no son los únicos problemas que afectan al tema de la prueba en el proceso civil. En efecto, hay otros problemas que derivan de la variedad de las experiencias históricas y de la multiplicidad de los modelos que se registra en el análisis comparado. Sin embargo, estas sintéticas menciones son suficientes para mostrar que no hay formas al mismo tiempo simples y aceptables de afrontar el tema en cuestión. Por las mismas razones, parece oportuno desconfiar de las múltiples fórmulas reductivas que desde hace tiempo circulan por el mercado cultural y también de las visiones superficiales en las que, dado que son muchas las opiniones sobre la prueba y sobre la verdad de los hechos en el proceso, se nos dirige hacia un relativismo superficial (en cuanto que inútil) y se renuncia a escoger al menos una entre aquellas opiniones.

2. *La negación de la verdad en el proceso civil*.–Una línea de pensamiento muy difundida excluye que en el proceso, y en particular en el proceso civil, sea posible alcanzar una determinación verdadera de los hechos.

1972, pp. 615 ss. —tr. cast. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, en *Derecho procesal civil*, cit.—).

15. Quizás no carece de relevancia el hecho de que en la doctrina del *common law* esta contradicción tenga una explicación «institucional» que no existe en otros lugares. En efecto, en los sistemas de *common law* el derecho de las pruebas constituye un sector autónomo (común al proceso civil y penal) al que se dedican especialistas que en general no se ocupan del proceso; y, a la inversa, la doctrina procesalista habitualmente no se ocupa de la teoría de las pruebas. Se entiende, pues, que puedan surgir en los dos campos orientaciones distintas sobre problemas que están estrechamente vinculados. Ahora bien, esta explicación no es válida cuando contradicciones análogas se encuentran en el pensamiento de un mismo autor o en el *corpus* de una doctrina que pretende ser coherente y sistemática.

Algunas veces esta forma de pensar permanece implícita o se expresa de formas genéricas: es el caso del habitual escepticismo de los abogados, para el que no tendría sentido hablar de determinación de la verdad en juicio[16]. Generalmente, esta actitud no está articulada y carece de justificaciones racionales, pero no debe despreciarse, ya que no es extraño que condicione subrepticiamente las teorías de la prueba y del proceso[17].

Otras veces, en cambio, ese modo de pensar asume la forma de teorías de la decisión judicial o de la función o de los objetivos del proceso y, por tanto, se expresa en tomas de posición más específicas y mejor articuladas. El uso del plural es necesario, ya que no hay una sola teoría contraria a la posibilidad de que en el proceso se establezca la verdad de los hechos relevantes para la decisión. Al contrario, esa posibilidad es negada de formas muy diversas y por distintas razones, de modo que esa negación aparece como un punto común a distintas teorías más bien que como el punto de llegada de una teoría específica de la prueba o del proceso.

2.1. *La imposibilidad teórica*.–Una forma de negar que en el proceso pueda tener lugar una determinación verdadera de los hechos consiste en negar que en línea de principio sea posible establecer la verdad de cualquier cosa. En otros términos, la imposibilidad de la verdad en el proceso se configura como un caso específico de una posición teórica más general fundada en un escepticismo filosófico radical que excluye la cognoscibilidad de la realidad.

16. Esta actitud ha sido representada de forma eficaz en la figura del *Hard-Nose Practitioner* delineada por Twining (cf. *Some Scepticism about Some Scepticisms*, en Id., *Rethinking Evidence*, cit., pp. 96, 98, 126) para señalar al abogado, típico de los sistemas de *common law*, que quiere ganar a toda costa y no se preocupa de nada más. Esta figura no está ausente en la profesión legal de la Europa continental, que también conoce, sin embargo, la figura del *Filósofo Desilusionado*, es decir, del abogado que deriva su propio escepticismo de recuerdos escolásticos o de sugestiones filosóficas de las que no encuentra su correspondencia en la práctica profesional, y la del *Frustrado por la Experiencia*, que ha aprendido de la praxis cotidiana a no creer en la verdad procesal. Estos personajes tienen algunas características en común con el *Sophomore* del que habla Twining (*ivi*, p. 96), es decir, con el sujeto que es típicamente incapaz de analizar seriamente los problemas filosóficos de los que quiere ocuparse.

17. No es extraño que los teóricos sean también prácticos y, a menudo, lo son en calidad de abogados. En esos casos resulta difícil separar la práctica profesional de la teoría e incluso muchas veces es evidente que la teoría es hija fiel de la práctica profesional más que de opciones filosóficas. En consecuencia, también en el «teatro de las teorías» aparecen personajes equivalentes a los del «teatro de la profesión» del que se habla en la nota precedente. A menudo, en efecto, es el mismo actor quien recita la misma parte en los dos teatros.

Obviamente, son numerosas las opciones filosóficas sobre cuya base se puede negar la posibilidad de un conocimiento aceptable de la realidad: basta pensar en los distintos tipos de idealismo y de irracionalismo que recorren toda la cultura occidental para obtener un rico abanico de teorías de las que se derivan formas de escepticismo filosófico más o menos radical acerca del problema del conocimiento[18] y en las que, por tanto, se puede fundamentar teóricamente la negación de la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos en el ámbito del proceso. Por otra parte, no es necesario desarrollar aquí un examen analítico de todas las opciones filosóficas potencialmente orientadas en este sentido, ya que no todas ellas tienen o han tenido una influencia directa sobre la teoría de la prueba y de la verdad judicial. Se puede observar, en todo caso, invirtiendo y simplificando los términos del problema, que las teorías negativas sobre la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos dan por descontado explícita o implícitamente la asunción de premisas filosóficas que de alguna manera excluyen la posibilidad de un conocimiento racional[19]. A menudo esta relación es sólo potencial y permanece inarticulada, en el sentido de que el escepticismo «procesal» *podría* remitir a alguna forma de escepticismo filosófico.

A veces, en cambio, esta relación es evidente, de forma que resulta mucho más fácil identificar las premisas teóricas de las tesis que niegan la posibilidad de establecer la verdad de los hechos en el proceso.

Está claro, por ejemplo, que la difundida presencia de posiciones irracionalistas en el ámbito de las doctrinas jurídicas[20] ofrece las coor-

18. Un buen análisis panorámico de las principales teorías que, al respecto, se han implicado en el debate epistemológico del siglo XX se puede encontrar en la *Introduzione* de Giorello al libro *Critica e crescita della conoscenza*, ed. por I. Lakatos y A Musgrave, tr. it., Milano, ²1986, pp. 7 ss., 11 s., 37 ss. Para referencias a las versiones subjetivistas de la verdad en la filosofía contemporánea, cf. Putnam, *Razón, verdad e historia*, tr. cast. a cargo de J. M. Esteban Cloquell, Madrid, 1988, pp. 35 ss., 119 s.; para amplias discusiones acerca de las teorías idealistas en relación con el problema de la verdad, v. Putnam, *El significado y las ciencias morales*, tr. cast. a cargo de A. I. Stellino, México, 1991, pp. 29 ss., 124 ss.

19. Cf., para referencias al respecto, Twining, *op. cit.*, pp. 93 ss. V., también, Id., *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 71.

20. Al respecto, cf. los análisis de Sheleff, *Irrationality in Law and Society. A Critique of Weber's Sociology of Law*, en *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, ed. por A. J. Arnaud, R. Hilpinen y J. Wróblewsky, Berlin, 1975, pp. 231 ss., y de Dreier, *Irrationalismus in der Rechtswissenschaft*, *ivi*, pp. 179 ss. V. también una síntesis histórica en Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, ⁴1979, pp. 64 ss. [tr. cast., *Metodología de la ciencia del derecho*, a cargo de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, ²1980, pp. 81 ss.].

denadas culturales para fundamentar una concepción irracionalista de la decisión judicial: quien no considera posible un análisis racional de los fenómenos jurídicos no puede considerar posible una decisión racional. A partir de aquí, en lo que se refiere al ámbito más específico de la decisión sobre los hechos, surgen tesis irracionalistas según las cuales aquélla se fundamenta exclusivamente en la intuición, en reacciones individuales o en valoraciones irreductiblemente subjetivas[21].

Entre este tipo de aproximaciones se encuentra también la posición del *perfeccionista desilusionado*, es decir, de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional[22]. Se trata

21. Tesis de este tipo están muy difundidas en todas las literaturas sobre el problema del proceso y obviamente afectan también al juicio de hecho. En la literatura italiana sobre este tema son ejemplos particularmente significativos (aunque no los únicos) los de Carnelutti (del que puede verse, en especial, *Teoria generale del diritto*, Roma, [3]1951, pp. 364 ss. —hay tr. cast. de la primera edición de este libro, *Teoría general del Derecho*, a cargo de C. Posada, Madrid, 1941—; *Arte del diritto*, Padova, 1949, pp. 65 ss. —tr. cast., *Arte del derecho*, Buenos Aires, 1956—, además de muchos de sus artículos recogidos en el vol. II de los *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953) y, en versión acentuadamente espiritualista, de Capograssi (del que puede verse, en especial, *Intorno al processo*, en *Riv. int. fil. dir.*, 1938, pp. 252 ss.; *Giudizio, processo, scienza, verità*, en Id., *Opere*, Milano, 1959, vol. V, pp. 51 ss.; *Il diritto dopo la catastrofe*, *ivi*, pp. 151 ss., además de, en general, los escritos sobre el concepto de experiencia jurídica).

Instancias claramente irracionalistas están a menudo presentes en la literatura alemana: cf., en particular, el análisis de Dreier, *op. cit.*, pp. 184 ss., 186, quien subraya cómo esto deriva también de un irracionalismo típico de la cultura jurídica alemana, ligado a la escuela del derecho libre y de la jurisprudencia sociológica. Por otra parte, es sabido que el filón irracionalista es particularmente fuerte y significativo en la filosofía alemana: cf., esencialmente, Lukàcs, *El asalto a la razón. La trayectoria desde Shelling hasta Hitler*, tr. cast., Barcelona-México, 1968, y Dreier, *ivi*, p. 190. Para ejemplos significativos en el ámbito de la teoría del juicio, v., por ejemplo, la teorización de los «actos de fantasía cognoscitiva» usada por Scheuerle (cf. *Rechtsanwendung*, Nürenberg-Düsseldorf, 1952, pp. 63 ss. y *passim*) o las sugerencias irracionalistas frecuentes en los filósofos del derecho que se ocupan de la decisión judicial, desde Stammler (cf. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, [3]1928, p. 293 —tr. cast., *Tratado de filosofía del derecho*, a cargo de W. Roces, México, 1980, pp. 352 ss.—) a Schmitt (cf. *Gesetz und Urteil*, München, [2]1969, pp. 1 ss.). Para otras referencias cf. Dreier, *op. cit.*, pp. 186 ss.

Un ejemplo muy influyente de intuicionismo en la literatura de lengua inglesa sobre la decisión judicial puede verse en Hutcheson, *The Judgement Intuitive: The Function of the «Hunch» in Judicial Decision*, en *Corn. L. Q.*, 14, 1929, pp. 274 ss.

En la literatura francesa cf., por ejemplo, Hébraud y Souleau, en *La logique judiciaire, 5e Colloque des Instituts d'Études Judiciaires*, Paris, 1969, pp. 46 ss., 61 ss.

22. Hart (v. *El concepto de derecho*, tr. cast. a cargo de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1992, p. 173) habla de «absolutista desilusionado» en referencia a los *rule-skeptics*, mientras que la figura del *Disappointed Perfectionist* propuesta por Twining (v. *Some Scepticism*, cit., p. 97) representa una versión aplicada al *fact-skeptic*, es decir, a quien niega la posibilidad de un juicio de hecho verdadero. Surge entonces también la analogía con el

de una forma de irracionalismo motivada por el abandono de posiciones extremas en el ámbito del racionalismo, bastante frecuentes en los juristas que, viendo frustradas las posibilidades de alcanzar en el proceso la verdad incontestable de los hechos, creen que no se puede hacer otra cosa que negar de raíz la posibilidad de un conocimiento aceptable de los mismos[23].

No obstante, esta conclusión no se deriva únicamente de opciones filosóficas de carácter directa y claramente irracionalista. Al contrario, es también defendida en el ámbito de opciones filosóficas y epistemológicas distintas y, en particular, en el ámbito de las más recientes y sofisticadas versiones del *idealismo*.

La afirmación de la imposibilidad de un conocimiento de los hechos reales deriva, en general, de la asunción de una u otra teoría idealista o antirrealista, como por ejemplo las propias de las doctrinas de Dummett o de Rorty, y pretenden encontrarse también en el pensamiento de Quine[24]. Si se parte de la premisa, típica de estas doctrinas,

«verificacionista desengañado» del que habla Popper (cf. *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, tr. cast. a cargo de N. Míguez, Barcelona, 1994, p. 279), que es su equivalente exacto en el plano de la epistemología general. Por lo que parece, la desilusión intelectual es a menudo el resorte que está en la base del irracionalismo.

23. A diferencia del irracionalismo fundado sobre precisas premisas espiritualistas o intuicionistas, el del perfeccionista desilusionado (y de las demás figuras análogas mencionadas en la nota anterior) es habitualmente un irracionalismo «como reacción». Éste, por otra parte, presenta el mismo problema que la posición racionalista de la que huye: el de la absolutización. Es decir, se huye de posiciones racionalistas insostenibles en la medida en que son absolutas para caer en un irracionalismo también absoluto y, por tanto, probablemente tan insostenible como el otro. No por casualidad el «perfeccionista desilusionado» coincide a menudo con el *Caricaturist* (sobre el cual v. Twining, *op. ult. cit.*, p. 97), es decir, con quien exagera expresamente en la absolutización de la posición racionalista para poder decir que no es sostenible.

24. Para indicaciones al respecto v., por ejemplo, Chow, *Trashing Nihilism*, en *Tul. L. R.* 65, 1990, pp. 221 ss. Cf., además, Villa, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, en *Riv. int. fil. dir.*, 1988, pp. 585 ss.

Han sido muy influyentes las críticas antirrealistas de Dummett (de quien puede verse, en particular, *Verdad*, en Id., *La verdad y otros enigmas*, tr. cast. a cargo de A. Herrera Patiño, México D.F., 1990, pp. 65 ss.). Sin embargo, ha sido Richard Rorty el autor que en los últimos años ha tenido mayor influencia en las tesis antirrealistas, también en el ámbito del derecho. Rorty ha criticado radicalmente las pretensiones «fundacionalistas» de la filosofía analítica y, en particular, toda pretensión de distinguir en el conocimiento o en el lenguaje alguna forma de «reflejo» de la realidad. Sobre estos aspectos v., en particular, Id., *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, tr. cast. a cargo de J. Fernández Zulaica, Madrid, 1989, pp. 125 ss., 147 ss., 270 ss., 303 ss.

Por otra parte, es muy curioso el uso que hacen algunas concepciones antirrealistas de las teorías elaboradas por Willard van Orman Quine. Este autor es a menudo considerado como una de las fuentes más autorizadas del antirrealismo filosófico y de las orien-

de que el conocimiento es una construcción mental carente de conexión necesaria con los fenómenos del mundo real, está claro que no se puede alcanzar ningún conocimiento verdadero de hecho alguno. Con mayor razón, esta conclusión es válida si se considera además que no es concebible la verdad de enunciados aislados sino únicamente la del conjunto completo de los mismos. En este contexto, surge la *coherence theory* de la verdad, que ha producido resultados y debates de gran interés en el plano de la epistemología general[25]; en lo que aquí

taciones que pretenden excluir toda posibilidad de conocimiento del mundo «real», pero esto parece fruto de una deformación de su pensamiento más que de una lectura rigurosa del mismo. Basta observar que en el famoso artículo, que es a menudo citado como una suerte de manifiesto antiempirista (esto es, *Two dogmas of empiricism*, en *From a Logical Point of Wiew*, Cambridge, Mass., London, reed. ²1987, pp. 20 ss. —tr. cast., *Dos dogmas del empirismo*, en *Desde un punto de vista lógico*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1962, p. 49—), Quine critica la distinción entre verdades analíticas y sintéticas y el verificacionismo radical de las doctrinas empiristas más toscas, pero no excluye en absoluto la posibilidad de conocimiento de los hechos del mundo real (v. especialmente *ivi*, pp. 43 ss. —tr. cast, pp. 77 ss.—). La línea de realismo crítico que se puede considerar típica de Quine es, por otra parte, evidente en una reciente obra suya recopilatoria, en la que afirma claramente que las proposiciones observacionales son el vínculo entre el lenguaje y el mundo real del que habla el lenguaje: afirma que los enunciados observacionales narran eventos o situaciones del mundo externo y se reafirma en que el predicado de verdad es el intermediario entre las palabras y el mundo, siendo el mundo externo reconocido *ex ante* respecto al conocimiento (cf. Quine, *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass., London, 1990, pp. 4 s., 16 ss., 19 ss., 77 ss., 81 —tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, pp. 21 s., 37 ss., 41 ss., 119 ss., 124-125—. Cf. también el análisis de las relaciones entre lenguaje, verdad y mundo real en Id., *Word and Object*, Cambridge, Mass., reed. 1990, pp. 1 ss. —tr. cast., *Palabra y objeto*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1968, pp. 15 ss.—). Si se tienen en cuenta estas clarísimas tomas de posición, resulta evidente que la crítica de Quine se dirige contra las formas de realismo tosco o de verificacionismo reductivo; sin embargo, es también evidente que Quine no puede ser considerado sensatamente como uno de los «padres» del idealismo postmoderno o del antirrealismo postpositivista.

25. Cf., para un reciente análisis teórico del concepto de *coherence*, Alexy y Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, en *Ratio Juris* 3, 1990, 130 ss.

Sobre el empleo de la *coherence theory* en el contexto jurídico v., principalmente, Maccormick, *Coherence in Legal Justification*, en *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science,* Lund, Sweden, December 11-14, 1983, ed. por A. Peczenik, L. Lindahl y B. van Roermund, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, pp. 235 ss. Sobre el mismo tema cf. además: Chow, *op. cit.*, pp. 269 ss.; Villa, *op. cit.*, pp. 567 ss.; Bankowski, *The Jury and Reality*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 227 ss.; Id., *The Value of Truth: Fact Skepticism Revisited*, en *Legal Studies* 1, 1981, pp. 259 ss.; Peczenik, *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 306 ss.; Van Roermund, *Narrative Coherence and the Guise of Legalism*, *ivi*, p. 310; Den Boer, *A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-Room*, *ivi*, pp. 346 ss.; Lenoble, *Narrative Coherence and the Limits of the Hermeneutic Paradigm*, *ivi*, pp. 127 ss.; Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 58 ss.; Id., *Narrative Models of Legal Proof*, en *Int. J. Sem. Law* 3, 1988, pp. 225 ss. Cf. también Schmidt, *Noch Einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft*, en *Jur. Schul.*, 1973, p. 205.

interesa, esta teoría produce, en todo caso, la imposibilidad de formular sensatamente el problema del conocimiento de los hechos en juicio. No por casualidad, esta consecuencia se produce puntualmente en las doctrinas jurídicas que asumen premisas filosóficas y epistemológicas como las que han sido recién señaladas[26].

Un ejemplo muy significativo de esto se puede ver en la corriente de los *Critical Legal Studies*, que ha llevado hasta el extremo el análisis crítico de las implicaciones metodológicas de la doctrina tradicional. No es casualidad que esta corriente sea denominada *Nihilism* precisamente para subrayar que lleva ese análisis hasta resultados destructivos[27]. En lo que aquí interesa, esa corriente parte de premisas antirrealistas, es decir, de la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno[28]. A partir de aquí, se obtiene un subjetivismo radical de corte idealista, según el cual, precisamente, no se puede hablar de conocimiento objetivo y racional de la realidad; en consecuencia, no hay criterios de objetividad en el razonamiento jurídico sino

Sobre el papel del criterio de coherencia en la decisión v., *infra*, capítulo IV, 5.

26. Esto sucede cuando esas premisas son asumidas de forma absoluta, como en la teoría que se menciona seguidamente en el texto. No faltan, por otra parte, usos menos radicales y más razonables de la *coherence theory*, en los que la coherencia de los enunciados se configura como una condición, necesaria pero no suficiente, de la verdad: v., por ejemplo, Villa, *Truth and Acceptability in Legal and Empirical Science*, en *Reason in Law*, Milano, 1988, vol. 2, pp. 365 ss. Por otra parte, el propio Quine ha acabado reconociendo que la teoría coherentista tiene elementos positivos pero no es suficiente y no es la única posible, aparte de estar fundamentada en un «racionalismo irracional» (cf. Quine, voz *Truth*, en Id., *Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*, London, 1990, pp. 212 ss.).

27. Cf. Chow, *op. cit.*, pp. 221 ss.; Singer, *The Player and the Card: Nihilism and Legal Theory*, en *Yale L. J.* 94, 1984, pp. 1 ss.

28. V., en particular, Peller, *The Metaphysics of American Law*, en *Calif. L. R.* 73, 1985, pp. 1151 ss.; Kelman, *Trashing*, en *Stanf. L. R.* 36, 1984, pp. 303 ss., además de los análisis de Chow, *op. cit.*, pp. 261 ss., y de Brosman, *Serius But Not Critical*, en *Calif. L. R.* 60, 1987, pp. 259 ss. Cf. también Benson, *How Judges Fool Themselves: The Semiotics of the Easy Case*, en *Law and Semiotics*, II, ed. por Kevelson, London-New York, 1988, pp. 33 ss. Las teorías que se inspiran en el «deconstructivismo» literario para aplicar sus orientaciones a la interpretación de las normas jurídicas se han ido difundiendo en los últimos años en los Estados Unidos, especialmente en la corriente denominada *Critical Legal Studies*: v., al respecto, un panorama y un análisis crítico en Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass.-London, 1988, pp. 211 ss., 214 ss.

únicamente decisiones individuales y valoraciones subjetivas[29]. Así, resulta evidente la exclusión de toda posibilidad de determinación aceptable de los hechos en el ámbito del proceso.

También en el ámbito de otras doctrinas jurídicas se llega a resultados sustancialmente análogos. Paradójicamente, las versiones más radicales del realismo jurídico norteamericano, como la que expresa Frank en *Law and the Modern Mind*[30], conducen a resultados particularmente antirrealistas en el plano del conocimiento judicial de los hechos[31]. El *fact-skepticism*, es decir, precisamente la negación de la posibilidad de ese conocimiento, es un aspecto esencial de esta teoría, aunque no todos los realistas fueron explícitamente *fact-skeptics*. La versión «fuerte» del realismo jurídico implica un escepticismo radical respecto del conocimiento de los hechos en el proceso, de forma que también ésta desemboca en una concepción inevitablemente subjetivista del juicio de hecho[32]. Ahora bien, no está claro cuáles son (y si existen) las premisas filosóficas de esta concepción[33]; de todos modos, resulta bastante evidente una premisa metodológica consistente en situar la «realidad» de la decisión en los procesos psicológicos del sujeto que decide[34]. De aquí a negar la racionalidad de la decisión, y por tanto, específicamente, del juicio sobre los hechos, hay un pequeño paso. Sin

29. Cf. Chow, *op. cit.*, pp. 264 ss.; Singer, *op. cit.*; Brosman, *op. cit.*
30. Cf. Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), New York, [6]1949, pp. 100 ss., 170 ss., 244 ss. y *passim*. Sobre el *fact-skepticism* de Frank cf., también para otras referencias, Twining, *Some Scepticism*, cit., pp. 109 ss.; Cahn, *Jerome Frank's Fact Skepticism and Our Future*, en *Yale L. J.* 66, 1957, pp. 824 ss.; Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, The Hague, 1959, pp. 13 ss., 51 ss.; Glennon, *The Iconoclast as Reformer. Jerome Krank's Impact on American Law*, Ithaca-London, 1985, pp. 32 ss., 60 ss., 141 ss.; Volkomer, *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, The Hague, 1970, pp. 47 ss. Sobre las variaciones sucesivas en el pensamiento de Frank al respecto de este punto v., *infra*, en la nota 68.
31. No es casualidad que existan analogías relevantes entre el realismo jurídico y las tesis de los *Critical Legal Studies*: cf. Benson, *op. cit.*, pp. 33 ss., y Kevelson, *The New Realism and Lawlessness in Kaleidoscope*, en *Law and Semiotics*, vol. 2, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1988, pp. 189 ss., 195.
32. Sobre la concepción de la decisión judicial en el realismo norteamericano cf. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, pp. 151 ss., 165 ss.; Rumble, *American Legal Realism*, New York, 1968, pp. 48 ss., 107 ss.; Weiss, *Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt a.M., 1971, pp. 62 ss.
33. Cf. los comentarios de Twining, *op. ult. cit.*, pp. 110 s.
34. V., en particular, Frank, *op. cit.*, *locc. citt.*, y *What Courts Do in Fact*, en *Ill. L. R.* 26, 1932, pp. 645 ss.; *Words and Music*, en *Col. L. R.* 47, 1947, pp. 1259 ss., además de las indicaciones relativas a la literatura sobre el pensamiento de Frank, *supra*, en la nota 30.

embargo, está claro el error de método en el que se incurre si se pretende derivar a partir del análisis de un proceso psicológico la teoría de un razonamiento o una epistemología[35].

Esto nos lleva a mencionar una ulterior aproximación, que tiende a negar la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos partiendo de premisas de psicología o de sociología del conocimiento. En particular, de la primera se usan los datos que muestran la falibilidad, la imprecisión, la complejidad y la variabilidad de las actividades cognoscitivas para derivar de ahí la consecuencia de que, por ello, no se puede tener un conocimiento verdadero de los hechos, en general y en especial en el ámbito del proceso[36]. De la segunda se usan los análisis referidos a los procedimientos de «construcción de la realidad» y a los respectivos condicionamientos sociales para mostrar que no existe ninguna forma «objetiva» de conocimiento de la realidad y, *por tanto*, que no se puede conjeturar que un conocimiento de ese tipo se verifique en el proceso[37]. Ambas líneas argumentativas, usadas conjuntamente o por separado y, según los casos, de forma más o menos explícita y articulada, se presentan con una cierta frecuencia. Sin embargo, no se advierte que hay un salto metodológico inevitable en sostener que la validez de un argumento o de un cálculo depende de los procedimientos psicológicos de quien formula el argumento o el cálculo: parece evidente que aquélla depende de otros factores y criterios distintos e

35. No tiene sentido, en efecto, hablar de validez o de corrección del proceso psíquico que produce la decisión: cf. Wróblewsky, *Legal Decision and Its Justification*, en *Le Raisonnement juridique*, Bruxelles, 1971, p. 410. Sobre la diferencia entre el estudio de lo que constituye un razonamiento válido y el estudio de los procesos mentales v. también Twining, *Identification and Misidentification in Legal Processes: Redefining the Problem*, en Id., *Rethinking Evidence*, cit., pp. 160 ss.
36. Ésta es, principalmente, la tesis de Frank discutida anteriormente (v. notas 30 y 34). Por otra parte, está muy difundida en las distintas culturas la tesis consistente en derivar concepciones irracionalistas de la decisión, o, en particular, del juicio de hecho, a partir de análisis relativos a la psicología de la decisión. Para ejemplos significativos de esto, cf. en la doctrina alemana Scheuerle, *op. cit.*, *loc. cit.*; Riezler, *Das Rechtsgefühl. Rechtspsycologische Betrachtungen*, München, [2]1946, pp. 26 ss.; Bendix, *Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen und strafrichterlichen Urteilsfähigkeit* y *Zur Psychologie der Urteilsfähigkeit des Berufrichters, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse*, en Id., *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufrichters und andere Schriften*, ed. por M. Weiss, Neuwied-Berlin, 1968, pp. 94 ss., 127 ss., 140 ss., 268 ss., 304 ss. V. también algunos comentarios en Schünemann, *Richterliche Tatsachenermittlung und kritischer Rationalismus*, en *Jur. Schul.*, 1973, p. 561 y en Dreier, *op. cit.*, p. 185.
37. Para la discusión de esta tesis y para referencias bibliográficas v. Twining, *Some Scepticism*, cit., p 112 ss. Para una aplicación del método examinado cf. Eberle, *Zur Rethorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt a.M.-Berlin-New York-Paris, 1989, pp. 33 ss., 99 ss., 105 ss.

independientes de los que gobiernan las actividades psíquicas de cognición[38]. Por otra parte, recurrir a la sociología del conocimiento puede resultar una aportación útil en tanto que relativiza los problemas, es decir, evita que se plantee en términos filosóficamente absolutos el problema de la verdad de los hechos. No obstante, tiene el riesgo de que se disuelva el problema en términos de mero psicologismo o del ya mencionado subjetivismo si la «construcción social de la realidad» se reconduce a la tesis según la cual el conocimiento es sólo una construcción mental del sujeto que erróneamente cree conocer el mundo real[39].

Como muestran estos últimos ejemplos, a veces la tesis que niega en línea teórica la posibilidad de un conocimiento verdadero de los hechos en el proceso se funda sobre algún error de método fácilmente identificable. Otras veces no es así: en efecto, muchas de las tesis que se han mencionado no se fundan en errores de método sino sobre la asunción coherente de premisas filosóficas de tipo irracionalista, idealista o antirrealista. Esas premisas son, obviamente, discutibles, como lo es la aproximación escéptica respecto del conocimiento en general. Sin embargo, estas discusiones no pueden ser afrontadas aquí ni siquiera en términos generalísimos y, por otra parte, afectan a los temas fundamentales de la gnoseología y de la epistemología, más que —o en lugar de— al tema específico de la determinación judicial de los hechos[40]. Como se verá más adelante, existen razones en apoyo de opciones distintas, ya sea desde el punto de vista epistemológico general, ya sea desde el punto de vista más particular del juicio sobre los hechos en el ámbito del proceso; y me remito a sus respectivos análisis para ver una crítica indirecta al fundamento de las tesis negativas que se han mencionado[41].

En este punto sólo vale la pena subrayar que esas tesis tienen una eficacia peculiar, que es la de disolver *a priori*, en el plano filosófico antes que en el jurídico, el problema de la verdad de los hechos. Esto implica que quien las comparte debería extraer de ellas las necesarias consecuencias también para la teoría de la prueba, construyendo una versión irracionalista o idealista de la misma o bien declarando expresamente que el concepto de prueba carece de significado.

38. V., *supra*, nota 35.
39. Cf., por ejemplo, Eberle, *op. cit.*, pp. 61 ss., 66 ss., 78 ss., y algunos comentarios y referencias bibliográficas en Schünemann, *op. cit.*, *loc. cit.*
40. Para un análisis crítico de los distintos tipos de escepticismo filosófico aplicados o aplicables al problema de la prueba cf. Twining, *Some Scepticism*, cit., pp. 99 ss., 123 ss., 127 ss., 131 ss. Para una crítica a las distintas versiones del escepticismo epistemológico cf. Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass., 1986, pp. 28 ss.
41. V., *infra*, apartado 4.

2.2. *La imposibilidad ideológica*.–Una segunda respuesta negativa acerca de la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos no parte de razones filosóficas sino de razones que, en sentido lato, pueden definirse como ideológicas. Esta respuesta no pone en discusión los problemas filosóficos y epistemológicos de la verdad y, por tanto, podría ser compartida incluso por quien admita la posibilidad teórica de un conocimiento racional y objetivo de la verdad. Las razones por las que esta respuesta niega la posibilidad de que en el proceso se alcance la verdad de los hechos son de otro género y tienen que ver con la concepción de la función y de los objetivos del proceso civil. Es más, se podría decir que, desde esta perspectiva, la verdad de los hechos *no puede* ser alcanzada *porque no debe* ser perseguida: y no debe ser perseguida porque la idea de un proceso dirigido hacia la búsqueda de la verdad entra en conflicto con una determinada concepción acerca de lo que debería ser el proceso, es decir, con una ideología del proceso civil.

La ideología que se opone a la idea de la búsqueda de la verdad es aquella que concibe el proceso civil esencialmente como un instrumento para resolver conflictos, en particular los que asumen la forma de controversia jurídica entre las partes.

Esta concepción del proceso civil es bien conocida y difundida, aunque sea en versiones distintas, en casi todos los ordenamientos hasta el punto de que constituye uno de los arquetipos fundamentales del proceso civil[42]. Esto permite que no se desarrolle aquí un examen deta-

42. El análisis más detallado de esta concepción del proceso se encuentra en Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, tr. cast. a cargo de A. Morales Vidal, Santiago de Chile, 2000, pp. 154 ss., 169 ss., 313 ss., 368 ss. V. además, en la literatura reciente, Trubek, *Studying Courts in Context*, en *Law & Soc. R.* 15, 1980-1981, pp. 489 ss.; Id., *The Construction and Deconstruction of a Dispute-Focused Approach: An Afterword*, *ivi*, pp. 727 ss.; Mather e Yngvesson, *Language, Audience and the Transformation of Disputes*, *ivi*, pp. 775 ss.; Gilles, *Der Process als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung: Staatlichen Justiz-Gerichtliches Verfahren-richterliche Entscheidung*, en *Einführung in das Recht*, ed. de D. Grimm, Heidelberg, 1985, pp. 243 ss., 274; Taruffo, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, vol. VI, Torino, 1989, pp. 340 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, en *Riv. dir. proc.*, 1986, pp. 239 ss. (también para ulteriores referencias).

En la doctrina italiana la racionalización más coherente de esta concepción del proceso civil se remonta a Carnelutti, de quien puede verse, en particular, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 40 ss., 231 ss., 342 ss. [tr. cast., *Sistema de derecho procesal civil*, a cargo de N. Alcalá Zamora y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, vol. I, pp. 44 ss., 271 ss., y vol. II, pp. 4 ss.] y *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 54 ss. V. también el análisis crítico de Calamandrei, *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, en Id., *Opere giuridiche*, cit., I, pp. 200 ss.

llado y se limiten las referencias a aquellos aspectos que se refieren directamente al problema de la verdad de los hechos.

La oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso se manifiesta habitualmente cuando se dice que la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos[43]. Se trataría, en efecto, de finalidades distintas e incompatibles: resolver conflictos significa encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto, garantizando valores como la autonomía de las partes y la paz social; respecto de esta finalidad, la búsqueda de la verdad no es necesaria, puede ser incluso contraproducente y, en todo caso, representa una función extraña a la que se pretende al individualizar el punto de equilibrio que produzca la solución *práctica* del conflicto[44].

Debe advertirse, por otra parte, que esta oposición se ha formulado de distintos modos, que, con alguna simplificación, pueden reducirse a dos.

El primero de ellos consiste en subrayar la distinción entre finalidades del proceso civil. Esto es, se afirma que si la finalidad esencial del proceso es la de resolver conflictos, lo que debe perseguirse es una decisión que satisfaga a las partes, evitando precisamente que el conflicto prosiga y configurando una aceptable composición de intereses[45]. En consecuencia, será funcional un proceso que persiga eficazmente esa finalidad, si es posible, de forma simple y en poco tiempo.

Con todo esto, la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso no tiene mucho que ver. El proceso no tiene finalidades cognoscitivas o científicas[46]; no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer los hechos sino porque es necesario eliminar un conflicto de intereses. Entonces, la verdad no sirve y, es más, queda excluida del conjunto de los objetivos perseguibles en el proceso; como máximo, aquélla podrá

43. Cf. Taruffo, *Note per una riforma*, cit., pp. 241 s.; Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, en *Virg. L. R.* 64, 1978, p. 11.

44. Cf., en especial, Damaška, *op. cit.*, pp. 212 s. y Luhmann, *Ligitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975, p. 21. Cf., además, Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1975, p. 140; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 242.

45. V. Damaška, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

46. V., por ejemplo, Saltzburg, *op. cit.*, p. 12; Barret, *The Adversary System and the Ethics of Advocacy*, en *Notre Dame Law* 37, 1962, p. 482. Cf. además Damaška, *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*, en *U. Pa. L. R.* 123, 1975, pp. 1104 ss.; Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 46 ss.

configurarse como un *by-product* eventual de la actividad procesal, al que no es necesario prestar una atención especial[47].

En rigor, no es verdad que haya una incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia. Pero la óptica eficientista en la que se tiende a situar la solución de los conflictos en el ámbito del proceso acaba por excluir una hipótesis de este tipo. Por un lado, la solución del conflicto es «buena en sí misma», en cuanto que, precisamente, elimina el conflicto y, por tanto, la única valoración que sensatamente se puede realizar es la de la eficacia de la solución y no la que versa sobre su correspondencia a criterios extrínsecos respecto de lo que sirve para eliminar el conflicto[48]. Así, una solución puede ser buena aunque la decisión se funde sobre una determinación falsa, inaceptable o parcial de los hechos del caso, siempre que sea capaz de resolver la controversia[49].

Por otro lado, la búsqueda de la verdad en el proceso puede tener costes relevantes en términos de tiempo, gastos y actividades de las partes y del juez. Esos costes son tendencialmente incompatibles con un proceso que funcione de forma eficiente como instrumento de solución de conflictos, ya que resultarían de una desviación del desarrollo del proceso hacia objetivos que no son particularmente interesantes. Además, un proceso que se dirigiera hacia la búsqueda de la verdad necesitaría una estructura construida a la vista de esa finalidad[50], pero esto implicaría el recurso a instituciones y a técnicas que sólo en una parte mínima encuentran espacio en el proceso orientado hacia la solución de conflictos.

En un proceso de este tipo, en sustancia, la búsqueda de la verdad

47. Cf. Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 242; Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado* cit., pp. 212 ss.

48. Cf. Damaška, *op. ult. cit.*, pp. 213 s., 242 s.

49. Las técnicas de «legitimación de la falsedad», como las ficciones jurídicas y las presunciones legales (y lo mismo puede decirse de las normas de prueba legal: v., *infra*, capítulo V, 2.3) son, en efecto, de uso común, precisamente con el objeto de simplificar la decisión sobre el hecho: v., al respecto, Foriers, *Présomptions et fictions*, y Wroóblewsky, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, en *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974, pp. 7 ss., 67 ss.

50. Cf. Damaška, *op. ult. cit.*, pp. 276 ss., sobre las consecuencias que se derivan para la estructura del proceso si la determinación de los hechos se pone en el centro de un procedimiento orientado hacia la consecución de fines distintos de la resolución de conflictos.

de los hechos es inútil y contraproducente en la medida en que empujaría al proceso en direcciones distintas respecto de su finalidad fundamental.

El segundo modo de negar que la búsqueda de la verdad pueda encontrar espacio en el proceso como resolución de conflictos consiste en acentuar al máximo la evidencia de que en él el valor fundamental es el de la libertad, la autonomía y la iniciativa individual de las partes[51]. Si se supone que el proceso es esencialmente una *Sache der Parteien*, es posible obtener muchos argumentos para decir que no puede ser orientado hacia la búsqueda de la verdad. Así, por ejemplo, se puede decir que las partes, estando interesadas en una solución aceptable de la controversia, no están interesadas en que se determine la verdad de los hechos; en consecuencia, su actividad está dirigida hacia la obtención de la mejor solución (es decir, de la victoria o, al menos, del compromiso), pero no hacia la búsqueda objetiva de la verdad[52]. Por otra parte, se puede decir que el juez en un proceso dispositivo no puede y no debe dedicarse autónomamente a la obtención de una decisión verdadera: en efecto, no sólo debe estar vinculado a la sola adopción de los medios de prueba que las partes le hayan ofrecido espontáneamente[53], sino que también debe limitarse a escoger entre las versiones de los hechos propuestas por las partes, sin pretender individualizar una eventual «tercera hipótesis» por la única razón de que ésta podría estar más cercana a la realidad que las formuladas por las partes[54].

Nos encontramos, de este modo, en un terreno bien conocido en el ámbito de las ideologías del proceso civil. Los que han sido mencionados son, en efecto, algunos de los puntos principales de la concepción del proceso que en la Europa continental se funda sobre el principio dispositivo[55] y que, en los sistemas de *common law*, ha dado lugar al *adversary system of litigation*[56].

Ésta no es naturalmente la ocasión de discutir los problemas que afectan a esos modelos generales del proceso civil, a sus implicaciones ideológicas y a las formas y los límites con los que se aplican en los distintos ordenamientos y en su evolución histórica.

En cambio, sí vale la pena hacer referencia a un fenómeno que afecta directamente al problema de la verdad de los hechos en juicio. Se trata de una suerte de polarización simétrica que se ha producido entre las soluciones de este problema y los modelos del proceso, con las consiguientes tomas de posición valorativas. Uno de los polos, al que se vinculan habitualmente valoraciones positivas, está representado por el modelo dispositivo (o *adversary*), que se considera que da mejor cuenta de la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos[57]. A este modelo está vinculada la idea de que el proceso no debe tender hacia la determinación verdadera de los hechos de la causa, es más, la búsqueda de la verdad acaba siendo un disvalor, algo que debe ser evitado y quizás también temido o repelido. Esta aversión no siempre se explicita, ya que pude resultar embarazoso decir abiertamente que la verdad no debe ser alcanzada y ni siquiera perseguida: a pesar de todo, «verdad» continúa siendo una de esas palabras-eslogan que no pueden ser abiertamente rechazadas ni siquiera por quien no cree que tengan sentido alguno. En ese caso, se

51. Para un análisis de los muchos aspectos por los que este valor tiene influencia sobre la estructura del proceso, v., principalmente, Damaška, *op. ult. cit.*, pp. 181 ss.

52. Obsérvese que en el proceso como resolución de conflictos las partes tienen el poder exclusivo de establecer qué hechos deben ser determinados (v. Damaška, *ivi*, pp. 197 ss.) y les corresponde la *prosecution* también respecto de la determinación de los hechos (v. Damaška, *ivi*, pp. 207 ss., 231 ss.; Taruffo, *Diritto processuale civile*, cit., p. 343).

53. Cf. Damaška, *ivi*, pp. 235 ss.

54. Cf. Damaška, *ivi*, pp. 211 ss. Análogamente Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, p. 98; Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, p. 12; Jolowicz, *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, en Cappelletti y Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York, 1975, p. 188. Sobre esta concepción de la decisión, v., ampliamente, Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 4 ss.

55. Obviamente, no pueden indicarse referencias bibliográficas al respecto que tengan pretensión de exhaustividad. Entre los análisis más interesantes v. en todo caso, en la doctrina italiana, Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, en *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 380 ss.; Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ahora en Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 289 ss.; Cappelletti, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 143 s., 169 ss. [tr. cast., *Proceso, Ideologías, Sociedad*, a cargo de S. Sentís Melendo, y T. Banzhaf, Buenos Aires, 1974, pp. 99 s., 116 ss.]; Id., *Giustizia e società*, Milano, 1972, pp. 48 ss. [tr. cast., *Proceso, Ideologías, Sociedad*, cit., pp. 33 ss.]; Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, pp. 77 ss.; Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en *Studi in onore di E. Redenti*, cit., II, pp. 695 ss.

56. Tampoco acerca del *adversary system* es posible ofrecer referencias bibliográficas exhaustivas. Cf., en todo caso, también para otras referencias, Taruffo, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 339 ss.; Id., *Il processo civile «adversary»*, cit.; Landsman, *The Adversary System. A Description and Defense*, Washington-London, 1984; Miller, *The Adversary System: Dinosaur of Phoenix*, en *Minn. L. R.* 69, 1984, pp. 21 ss.

57 . El proceso como resolución de los conflictos se apoya siempre sobre instituciones y valores típicos del proceso dispositivo, aunque algunas variantes significativas pueden derivarse del tipo de organización del poder en la que el proceso se inserta. Ambos aspectos surgen claramente del análisis de Damaška, *op. ult. cit.*, pp. 352 ss., 368 ss.

recurre a formulaciones formalistas y fundadas sobre banales tautologías, como la que afirma que es verdadera la determinación de los hechos que se deriva del «mejor» proceso, manteniendo que el «mejor» proceso es el *adversary*[58], o aquella —todavía más iluminadora— que afirma que, en todo caso, es verdadera la versión de los hechos que es asumida por el juez como base para la decisión[59].

El polo opuesto, sobre el que se concentran las valoraciones negativas, es el que representa en el ámbito de los modelos procesales el denominado proceso *inquisitivo*[60]. La definición de este modelo es más incierta y dudosa, ya que después de la época de la inquisición eclesiástica, y aparte de casos extremos de proceso penal en regímenes antidemocráticos, no parece que existan procesos realmente inspirados en el sistema inquisitivo puro. De todos modos, está difundida la tendencia a asociar la idea de la búsqueda de la verdad judicial sobre los hechos al modelo inquisitivo, como si sólo un proceso autoritario y lesivo de las garantías de las partes pudiera estar interesado en establecer la verdad[61]. Esta asociación tiene como consecuencia, en cualquier caso, la extensión de las connotaciones ideológicamente negativas que afectan al modelo del proceso inquisitivo a la idea de la determinación verdadera de los hechos.

Surge, pues, una línea de pensamiento que puede ser sintetizada del siguiente modo: existe un modelo procesal «bueno», que es el dispositivo, en el que la búsqueda de la verdad representa un no-valor o un disvalor; existe además un modelo procesal «malo», que es el inquisitivo, en el que la búsqueda de la verdad es considerada un valor: ese modelo «malo» es precisamente el que configura la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En consecuencia, la búsqueda de la verdad es considerada en términos negativos, más o menos acentuados —como es obvio— en función del rigor con el que se siga el esquema en cuestión.

58. Cf. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 49 s., además de *ivi*, p. 5, sobre la difundida idea de que el proceso *adversary* representa el método judicial más eficaz para el descubrimiento de la verdad. En el mismo sentido, James, Hazard y Leubsdorf, *Civil Procedure*, Boston-Toronto-London, ⁴1992, p. 5.

59. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 49 ss., 282. Esta idea está en general difundida entre los juristas que absolutizan el dato formal constituido por la circunstancia de que, en cualquier caso, hay un órgano judicial que determina los hechos: v., al respecto, también para un análisis crítico, Bulygin, *Sull'interpretazione giuridica*, en *Analisi e diritto*, 192, pp. 23 ss.

60. Sobre las características de este modelo, incluso para referencias respecto de sus implicaciones y valoraciones negativas, v., por todos, Damaška, *op. ult. cit.*, pp. 12 ss., 122 ss., 243 ss., 319 ss., 387 s.

61. Esta tendencia está presente, de un modo más o menos explícito, en los análisis del principio dispositivo desarrollados en contraposición al principio inquisitivo (v., incluso para referencias bibliográficas, las indicaciones realizadas en las notas 55 y 56). Acerca de las conexiones entre el modelo inquisitivo y la búsqueda de la verdad v., además, Damaška, *op. ult. cit.*, pp. 276 ss.; Id., *Presentation of Evidence*, cit., p. 1099; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 8 ss.; Thibaut y Walker, *Procedural Justice. A Psycological Analysis*, New Jersey, 1975, pp. 22 ss., 28 ss.

Naturalmente, en este esquema no hay nada necesario o indiscutible. En particular, no resulta en absoluto clara la correspondencia entre el modelo dispositivo y la negación de la verdad, por un lado, y entre la búsqueda de la verdad y el modelo inquisitivo, por el otro: en efecto, mientras que no está claro que este último modelo esté orientado, por definición, hacia la búsqueda de la verdad y mucho menos que asegure su obtención[62], no es segura ni siquiera la incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y el modelo dispositivo[63]. Es necesario tomar en consideración que argumentar sobre la base de modelos «puros» puede resultar útil en el plano teórico o puede explicarse en el ámbito de la polémica ideológica, pero implica un riesgo de alejamiento, que puede ser importante, de la realidad: en efecto, ésta conoce modelos «mixtos» o versiones más o menos fuertemente atenuadas del modelo dispositivo. En todo caso, queda el hecho de que la referencia a la ideología incorporada en este modelo[64], o a una u otra de sus variantes continentales o angloamericanas, sigue siendo una forma muy difundida de fundamentar el rechazo de la búsqueda de la verdad de los hechos como una finalidad relevante del proceso civil[65].

62. Basta conjeturar un proceso inquisitivo en el que estén presentes reglas de prueba tasada, o fundado sobre una concepción irracional de las pruebas, para poder excluir *a priori* la posibilidad de que aquél alcance la verdad de los hechos. Por ejemplo, un proceso inquisitivo fundado sobre la tortura no está dirigido a determinar la verdad de los hechos, ya que la tortura produce confesiones falsas.

63. En efecto, basta conjeturar un proceso dispositivo sin límites a la admisión de las pruebas y sin reglas de prueba tasada, pero con incentivos para las partes para que empleen todas las pruebas disponibles, para tener un proceso no inquisitivo pero orientado hacia la búsqueda de la verdad.

64. Acerca de las implicaciones ligadas a la ideología liberal que están presentes en el modelo dispositivo o *adversary* y, más en general, en la concepción del proceso como método de solución de los conflictos, v., especialmente, Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, cit., pp. 12 ss., 169 ss., 368 ss. V., además, Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 259 ss.

65. Una versión atenuada de esta tesis se puede encontrar en las opiniones que sostienen que el proceso no tiende hacia la búsqueda de la verdad cuando versa sobre relaciones jurídicas disponibles por las partes (v., por ejemplo, Chiovenda, *Principii*, cit., pp. 727 ss. —tr. cast., *Principios*, cit., pp. 189 ss.—). Sin embargo, esta opinión parece insostenible a la luz de los principios generales que gobiernan la estructura y la función

Se podría observar también que, no por casualidad, en este contexto el problema está mal planteado, ya que se conjetura una verdad absoluta de los hechos (de todos los hechos, incluidos aquellos jurídicamente relevantes no alegados por las partes) y una larga, complicada y costosa búsqueda de la verdad gestionada por un juez autoritario, prevaricador e inclinado a violar los derechos de las partes, para hacer entender que todo ello es incompatible con una concepción razonable del proceso civil. La técnica retórica que aquí se adopta es bien conocida: consiste en dar una versión radicalizada de lo que se rechaza para justificar mejor su rechazo. Así, se hace una caricatura de la búsqueda de la verdad para mostrar hasta qué punto es indeseable en el proceso civil (o en el proceso en general). Sin embargo, la debilidad lógica de este *escamotage*[66] no impide que se use a menudo para sostener que no tiene sentido el problema de la determinación verdadera de los hechos.

del proceso. Por un lado, la versión moderna del principio dispositivo lo distingue radicalmente de la disponibilidad sustancial del derecho controvertido, reconduciendo a la función pública de la actividad jurisdiccional la estructura del proceso y las modalidades de la decisión (v., en particular, el análisis de Carnacini, *op. cit.*, *loc. cit.*, y, entre lo más reciente, Ricci, *Premesse*, cit., pp. 157 ss.). En consecuencia, se reconducen a la disponibilidad de la relación sustancial el principio de la demanda y las reglas de la alegación y de la no contestación, mientras que se remiten a opciones de oportunidad del legislador las modalidades de determinación de los hechos y la regulación de los poderes de iniciativa instructora del juez (v., especialmente, incluso para referencias bibliográficas, Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, en *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 220 ss., 224 ss.). Se deriva de aquí que del carácter de disponible/indisponible del derecho sustancial alegado en la causa no se siguen implicaciones necesarias de ningún tipo respecto de la forma en que se configura el principio dispositivo en el sentido procesal y, por tanto, respecto de la configuración de la instrucción probatoria y de la decisión sobre los hechos. Por otra parte, la estructura del proceso no cambia (necesaria y automáticamente) en función del carácter disponible/indisponible del derecho controvertido: el juez puede tener poderes «inquisitivos» (articulados de distintas formas) incluso cuando el proceso versa sobre derechos disponibles y, viceversa, puede suceder que haya un proceso «dispositivo» incluso cuando el proceso versa sobre derechos indisponibles (salvo la presencia eventual del ministerio público como parte que tutela el interés público). Resulta, pues, difícil conjeturar que el proceso cambie sus finalidades, incluyendo o excluyendo en cada caso la búsqueda de la verdad, en función del carácter del derecho que constituye su objeto pero manteniendo intacta su configuración fundamental. Como se ha dicho en el texto, y se verá *infra* en el apartado 4, el problema de la búsqueda de la verdad se vincula al de la función y la estructura del proceso bajo otros puntos de vista más generales, que se refieren a la justicia de la decisión y a la distribución de las tareas y de los poderes en los sistemas de administración de justicia, pero no están directamente vinculados a la disponibilidad o indisponibilidad sustancial del derecho controvertido.

66. Cf. al respecto Twining, *Some Scepticism*, cit., pp. 96 ss.

2.3. *La imposibilidad práctica.*–Entre el abanico de posiciones que niegan que la determinación de la verdad de los hechos esté entre los objetivos del proceso civil queda todavía una que merece ser recordada; se trata de una tesis muy difundida, quizás porque es poco comprometida desde el punto de vista filosófico e ideológico. Dejando absolutamente de lado la cuestión de si la verdad puede o no ser en general alcanzada, así como la cuestión de si debe o no ser perseguida en el proceso civil, la posición que se está examinando se limita a constatar que, en todo caso, la verdad de los hechos no puede ser obtenida en el proceso esencialmente *por razones prácticas*.

Estas razones son de distinta naturaleza, pero todas ellas parecen converger en la exclusión de la posibilidad concreta de una determinación verdadera de los hechos de la causa. Así, por ejemplo, se subraya que el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación de los que disponen el científico o el historiador[67]. A diferencia de la actividad de estos últimos, el proceso debe desarrollarse en un tiempo limitado, dado que intereses tanto públicos como privados presionan para que la *finis litium* se alcance rápidamente, y éste es un gran obstáculo para la búsqueda de la verdad. Además, existen limitaciones legales al uso de los medios judiciales de conocimiento y a los procedimientos con los que aquéllos pueden ser producidos y utilizados; y existen normas de prueba tasada que imponen al juez una «verdad formal» que a menudo no se corresponde con la realidad de los hechos. Se pueden mencionar muchos otros aspectos del proceso, como, por ejemplo, la necesidad de precluir con la cosa juzgada la posibilidad indefinida de corregir la decisión sobre los hechos o bien el principio dispositivo, que permite a las partes limitar el ámbito de los hechos jurídicos a determinar[68], para mostrar cómo bajo

67. Respecto de las diferencias que también bajo este punto de vista parecen subsistir entre la actividad del juez y las del científico o del historiador v., más ampliamente, *infra*, capítulo V, 1.1. y 1.2.

68. La mención a los distintos aspectos del proceso indicados en el texto, con la pretensión de mostrar que no es posible la búsqueda o la determinación de la verdad en juicio, es un lugar común muy difundido en las distintas literaturas, de forma que al respecto sólo se pueden ofrecer referencias ejemplificativas. Cf., pues, Chiovenda, *op. cit.*, pp. 77, 809 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 107 s., 294-296]; Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, cit., I, pp. 398 ss. [tr. cast., *El juez y el historiador*, a cargo de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, pp. 112 ss.]; Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 48 ss., 61 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 37 ss., 52]; Larenz, *op. cit.*, p. 293 [tr. cast., *op. cit.*, p. 302 s.]; Weinstein, *Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials*, en *Col. L. Rev.* 66, 1966, pp. 1115 ss.; Alchourrón y Bulygin, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en Id., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 311 ss.; Bulygin, *op. cit.*,

muchos aspectos el proceso *no es capaz* de funcionar como mecanismo para determinar la verdad de los hechos.

Esta tesis, que podría resumirse como «sería bonito pero no es posible», tiene de su parte a la fuerza de la experiencia cotidiana y de numerosos lugares comunes sobre las imperfecciones y sobre los límites del proceso civil. Parte, además, de algunas constataciones acerca de los aspectos por los que el proceso está orientado hacia objetivos distintos y divergentes de la búsqueda de la verdad[69]. Sin embargo, todo esto no es suficiente para demostrar la fundamentación de la conclusión a la que se llega, según la cual la determinación verdadera de los hechos no estaría entre los objetivos del proceso civil.

Por un lado, es necesario subrayar que esta posición se refiere a una concepción excesiva y absoluta de la verdad como objetivo del proceso. Esta concepción es obviamente inaceptable en sí misma y, con mayor razón, en el ámbito de la determinación judicial de los hechos. Si la tesis en cuestión significa que, en el proceso, no se puede alcanzar la verdad absoluta de los hechos, entonces está seguramente justificada, pero es también absolutamente banal[70].

El problema no es, en efecto, conjeturar que se alcancen míticas verdades absolutas sino establecer qué verdades relativas y razonables pueden ser concretamente determinadas. Lo que es necesario evitar es la aproximación caricaturesca de quien absolutiza la idea de una determinación verdadera de los hechos precisamente para poder afirmar que ésta no es posible[71]. Ciertamente, las limitaciones y las peculiaridades inherentes a la estructura del proceso civil son *a priori* incompatibles con la búsqueda de la verdad absoluta, pero no es de esta verdad de la

pp. 24 s.; Scarpelli, *Auctoritas non veritas facit legem*, en *Riv. fil.*, 1984, pp. 33 ss. Sin embargo, es la presencia de la regulación tasada de la prueba la que es normalmente mencionada a los efectos de excluir que el proceso pueda alcanzar una determinación verdadera de los hechos: v., por ejemplo, Carnelutti, *op. ult. cit.*, pp. 61 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 52 ss.], y recientemente Verde, *Prova legale*, cit., p. 466. En especial, sobre la falta de fundamento de este último argumento, v. *infra*, capítulo V, 2.

Sobre este argumento es particularmente interesante la posición de Jerome Frank, que pasa de una fase de *fact-skepticism* radical (v. *supra*, nota 30) a una fase posterior en la que analiza y denuncia, especialmente, los obstáculos que se oponen a la determinación de la verdad en el proceso (v., en especial, Id., *Courts on Trial*, Princeton, 1950, pp. 14 ss., 80 ss., 108 ss., 186 ss.).

69. Es más, en ciertos aspectos la tesis que se está analizando puede ser considerada como una versión «débil» de la posición que sostiene que el proceso no es apto para determinar la verdad porque es una *machinery* orientada hacia la solución de conflictos (al respecto, v., *supra*, apartado 2.2).

70. Para la discusión y crítica del concepto de verdad absoluta, v., *infra*, capítulo III, 1.

71. Sobre esta aproximación v. Twining, *op. ult. cit.*, pp. 96 ss.

que se trata en el proceso y, por otra parte, queda por demostrar si aquéllas son incompatibles con toda forma de verdad de los hechos (que no lo son) o si, en cambio, son incompatibles con *alguna* verdad de los hechos.

Sin embargo, planteado así el problema, como por otra parte parece razonable, es evidente que no admite soluciones superficiales y unitarias. Si, por un lado, es necesario tener en cuenta el hecho de que el concepto de verdad es cuanto menos problemático y variable en función de los contextos[72], por otro lado es necesario considerar que varían también los modelos de proceso civil entre los distintos ordenamientos e incluso dentro de un mismo ordenamiento. El problema de la capacidad del proceso de alcanzar la verdad de los hechos no puede, pues, resolverse negativamente *a priori* y puede tener respuestas positivas distintas en función del tipo particular de proceso que se tome en consideración. Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tasada; en cambio, esa capacidad es máxima en un proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez[73]. Está claro, sin embargo, que son muchos los parámetros a tomar en consideración y son muchas las respuestas en términos de posibles verdades relativas, precisamente en función de la forma en que esté regulado el proceso.

Por otro lado, es necesario distinguir las consideraciones relativas al funcionamiento de un proceso determinado «tal como es» de aquellas que se refieren a «tal como debería ser» como instrumento para establecer la verdad de los hechos. Puede suceder, en efecto, que al analizar un sistema procesal específico esté fundamentada la constatación de que no es efectivamente idóneo para producir resultados verdaderos acerca de los hechos de la causa o que el grado de veracidad de esos resultados sea demasiado bajo respecto a algún parámetro que se asuma como válido. Sin embargo, no se pueden extraer conclusiones generales acerca de la imposibilidad práctica de que el proceso produzca decisiones verdaderas acerca de los hechos a partir de una constatación de ese tipo, ya que otros tipos de proceso civil podrían ser capaces de producirlas, si no completamente, a un nivel razonablemente aceptable. Tampoco se puede, a partir de la misma constatación, extraer la conclusión de que el ordenamiento está irremediablemente

72. V., *infra*, capítulo III, 1, además de, en este capítulo, el apartado 4.3.

73. Sobre estos aspectos de la regulación de las pruebas v. ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.1, 2.2 y 2.3.

destinado a excluir la verdad de los hechos del conjunto de los objetivos del proceso civil, ya que el ordenamiento podría modificarse y evolucionar de forma que hiciera posible alcanzar decisiones verdaderas[74]. Una cosa es, en resumen, la verificación de la disfuncionalidad de un sistema determinado a los efectos de la determinación de la verdad y otra es afirmar que el proceso civil no puede en ningún caso ser funcional en ese sentido: la primera afirmación puede estar fundamentada en relación con un ordenamiento procesal específico; la segunda no puede ser verificada empíricamente y tiende a ser una toma de posición de tipo ideológico, como las que se han discutido anteriormente, más que una afirmación fáctica sobre los límites funcionales del proceso civil[75].

3. *La irrelevancia de la verdad en el proceso civil.*–En un área conceptual en muchos aspectos contigua a la que se caracteriza por la negación de la posibilidad de que el proceso alcance una determinación verdadera de los hechos, se sitúa una orientación según la cual el problema de la verdad de los hechos del caso es considerado como absolutamente irrelevante. En otros términos, no se plantea siquiera si esa determinación es posible o imposible, oportuna o inoportuna; simplemente es excluida del campo de análisis y, en consecuencia, no es objeto de particular atención. Además, una consecuencia ulterior es que parece poco sensato preguntarse si el proceso debe o puede estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y —precisamente— quien sostiene esta tesis no se lo pregunta en absoluto.

Existen dos variantes principales de esta orientación, que es oportuno analizar de forma separada, aunque tienen interrelaciones.

La primera variante se fundamenta en una interpretación del proceso y de las actividades que en él se desarrollan en clave exclusivamente retórica. Según esta interpretación, que tiende fácilmente a presentarse como una concepción global y omnicomprensiva del proceso (civil y penal), todo lo que sucede en el proceso no es más que un juego retórico-persuasivo[76]; esto es, en el ámbito de una suerte de retórica general que según la opinión de algunos agota completamente el campo del razonamiento jurídico[77], existe una retórica del proceso dentro de la cual se distinguen retóricas más específicas, como la del abogado, que pretende persuadir al juez de que tiene razón[78], y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir (a las partes, a los abogados, a la opinión pública) de la bondad de la decisión que ha tomado[79]. Por otra parte, existe también una retórica de la doctrina que se ocupa del proceso con la pretensión de acreditar teorías acerca del mismo: es más, las teorías sobre la prueba y sobre la determinación de los hechos no serían más que argumentaciones retóricas[80].

En un contexto metodológico de este tipo, que parte de una exasperada extensión, aplicada al proceso, de doctrinas como la de Perelman[81], el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al juez[82]. Los aspectos más importantes de estas narraciones son

74. Acerca de la relevancia de la evolución histórica de los sistemas de regulación de las pruebas, v. las referencias indicadas en la nota precedente.

75. No por casualidad, la idea de que la determinación de la verdad en el proceso no es posible por razones prácticas es una racionalización o una forma de justificación de la orientación (analizada en el epígrafe precedente) ideológica del proceso que excluye la verdad de entre sus objetivos. En resumen: se parte de la constatación de que un cierto tipo de proceso no es capaz de producir la verdad para deducir de ahí que el proceso está *siempre* orientado hacia objetivos de otra naturaleza; a partir de aquí se deduce después que el proceso no está capacitado —por razones estructurales— para producir decisiones verdaderas.

76. Entre los muchos análisis realizados en este sentido v., por ejemplo, Wetlaufer, *Rethoric and Its Denial in Legal Discourse*, en *Virg. L. R.* 76, 1990, pp. 1545 ss.; Danet, *Language in the Legal Process*, en *Law & Soc. R.* 14, 1980, pp. 445 ss.; Eberle, *op. cit.*, en general y específicamente pp. 58 ss., 61 ss., 111 ss., 142 ss., 157 ss. En particular, cf. Bennet y Feldman, *Recostructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, 1981, especialmente pp. 7 ss., 41 ss., 117 ss.

77. Así por ejemplo, Wetlaufer, *op. cit.*, pp. 1545 ss., 1557.

78. Cf. Wetlaufer, *op. cit.*, pp. 1557 ss.; Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss.

79. Cf. Wetlaufer, *op. cit.*, pp. 1560 ss. Para una crítica a la concepción retórico-persuasiva de la motivación de la sentencia, cf. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 191 ss.

80. V. en particular Eberle, *op. cit.*, pp. 111 ss., 115 ss., 121 ss., 142 ss.

81. Es sabido que Perelman ensayó repetidamente la aplicación de sus teorías a instituciones del proceso, como la prueba y la decisión judicial. V., en efecto, entre los muchos de sus escritos que contienen referencias al respecto, *La spécificité de la preuve juridique*, en *La preuve. Rec. Soc. J. Bodin*, XIX, Bruxelles, 1965, pp. 5 ss. (v. también *infra*, capítulo V, 1.4); *Raisonnement juridique et logique juridique*, en *Arch. Phil. Droit* XI, 1966, pp. 1 ss.; *Le raisonnement juridique*, en *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968, pp. 85 ss. Sobre el pensamiento de Perelman al respecto v., especialmente, Gianformaggio y Bastida, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, 1973, pp. 134 ss., 147 ss. De todos modos, debe observarse que Perelman ha extraído a menudo argumentos en sustento de sus teorías de algunos aspectos del proceso, pero nunca ha propuesto una concepción retórica global del proceso, como sí han hecho, en cambio, las teorías que estamos discutiendo.

82. V., en particular, Twining, *Lawyers' Stories*, en Id., *Rethinking Evidence*, cit., pp. 223 ss.; Wetlaufer, *op. cit.*, p. 1159; Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 7 ss., 32 ss., 41 ss., 118 ss.

los referidos a la forma, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común[83]. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión[84]. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story*[85].

La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión[86]. La retórica pretende, en efecto, conseguir el consenso sobre una tesis cualquiera y conduce a criterios de conveniencia y de eficacia según los cuales es bueno todo aquello que sirve para alcanzar la finalidad de persuadir a alguien de alguna cosa. En cambio, para ella es indiferente si es verdadero o falso aquello de lo que se quiere persuadir, siendo sabido ya por Locke y Kant que la retórica puede también persuadir del error[87]. En resumen, la verdad es un valor o una peculiaridad por los que la técnica de la persuasión no está interesada. Esto es válido también para el proceso, donde la finalidad que persigue el abogado es la de persuadir al juez para que le dé la razón, no la de demostrar «objetivamente» la verdad de los hechos. Es más, un abogado es más hábil y capaz si consigue persuadir al juez cuando su versión de los hechos no se corresponde con la realidad. Sin embargo, esto no es relevante en la medida en que, en la concepción retórica del proceso, la verdad de los hechos no tiene sentido alguno o bien se define simplemente como propia de la versión de los hechos que haya resultado más persuasiva[88].

Esta concepción es obviamente criticable bajo diversos puntos de vista, ya que, por ejemplo, se puede advertir que no da cuenta de una

83. Cf. Twining, *ibid.*; Wetlaufer, *ibid.*; Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 47 ss., 118 ss., 132 ss.; Nerhot, *Interpretation in Legal Science*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 222 ss.; Van Roermund, *Narrative Coherence*, cit., pp. 328 ss. Sobre la influencia de las características de la *story* a los efectos de la decisión sobre el hecho, v., ampliamente, *infra*, capítulo IV, 5.
84. Cf. Twining, *op. ult. cit.*, p. 221; Wetlaufer, *ibid.*; Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 150 ss.
85. V., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 117 ss., 150 ss.
86. Al respecto, v. por todos la voz *Retórica* en Quine, *Quiddities*, cit., p. 183.
87. Cf. Todorov, *Teorías del símbolo*, tr. cast. a cargo de F. Rivera, Caracas, 1991, pp. 73 ss., 97 ss.
88. Cf. Wetlaufer, *op. cit.*, pp. 1557 ss.

larga serie de problemas que surgen en el proceso en el ámbito de la determinación de los hechos[89], o que se trata de una absolutización unilateral e indebida de elementos que existen en el proceso pero que no lo agotan[90]. Es necesario, por otra parte, considerar que esa concepción se presenta como un modo, que quizás no carece de algún atractivo cultural, de dar un ropaje no del todo banal a las tesis del escepticismo de los abogados[91]. La concepción retórica del proceso racionaliza y lleva al extremo el punto de vista del abogado dándole lo que puede parecer un fundamento teórico. Esa concepción ha elaborado además una estrategia defensiva que no carece de interés, según la cual los conceptos «no retóricos» como el de «determinación» o de «verdad de los hechos» no serían otra cosa que expresiones retóricas (quizás de una retórica distinta) dirigidas a disfrazar el hecho de que no existen fenómenos de conocimiento sino sólo fenómenos de persuasión[92].

Parece evidente que de esta forma la circularidad del argumento resulta vertiginosa, en un juego de tautologías casi inextrincable. Para quien no se preocupa por estos problemas o los considera como desdeñables complicaciones de una «retórica de la racionalidad»[93] sigue siendo, en todo caso, evidente que la idea de una determinación verdadera de los hechos del caso es una extrañeza que carece de significado y, en cualquier caso, algo respecto de lo que el proceso tiene que ser totalmente indiferente[94].

La segunda variante de la posición que sostiene que la verdad de los hechos es irrelevante surge en el ámbito de una tendencia, que va asumiendo importancia desde hace algún tiempo, fundada en la aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos[95]. Esta

89. Así, por ejemplo, Twining, *op. ult. cit.*, p. 242.
90. Cf. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 422 ss., y más ampliamente, *infra*, capítulo V, 1.4. Observa acertadamente Twining, *op. ult. cit.*, p. 220, que el discurso del abogado es sólo uno de los que se desarrollan en el juicio y, por otra parte, el modelo del *trial* no agota en absoluto la realidad del proceso.
91. Al respecto v., *supra*, apartado 2.
92. Cf., en especial, Eberle, *op. cit.*, *locc. citt.*
93. Así, por ejemplo, Wetlaufer, *op. cit.*, p. 1564.
94. Así, Bennet y Feldman, *op. cit.*, p. 64.
95. Cf., en general, Kevelson, *The Law as a System of Signs*, New York-London, 1988; Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London, 1985; *Semiotics, Law and Social Science*, ed. por Carzo y Jackson, Rome-Liverpool, 1985; Jackson, *Semiotics and the Problem of Interpretation*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 84 ss. V., además, Jori y Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pp. 255 ss.; Jori, *Tendences en semiotique juridique*, en *Int. J. Sem. Law* 2, 1989, pp. 277 ss.

línea de trabajo privilegia el aspecto lingüístico de esos problemas y le dedica única y esencialmente su estudio: esto implica que el proceso es considerado como un lugar en el que se producen diálogos y se proponen y elaboran narraciones y es, por tanto, estudiado desde el punto de vista de las estructuras lingüísticas y semióticas de esos discursos. De ahí las aplicaciones de la narratología al proceso y, en especial, a algunos aspectos de la decisión judicial[96].

Son diversos los aspectos que afectan directa o indirectamente al problema de la verdad de los hechos en el ámbito de esta corriente metodológica, pero todos convergen en el sentido de hacer de ellos algo irrelevante o no significativo.

Por un lado, se dan algunos presupuestos generales que ya por sí solos tienen evidentes implicaciones de ese tipo. Por ejemplo, el análisis semiótico asume a menudo una concepción no referencial o autorreferencial del lenguaje, de forma que el lenguaje no se refiere a realidad alguna sino únicamente a entidades lingüísticas: no hay correspondencia o vinculación entre expresiones lingüísticas y datos empíricos extralingüísticos; cualquier expresión lingüística puede referirse únicamente a otras expresiones lingüísticas, ya que sólo puede ser traducida en otras expresiones lingüísticas[97]. La determinación del significado puede, así, producirse únicamente dentro del propio lenguaje, sin referencia alguna a la realidad empírica (cuya existencia queda, pues, necesariamente en duda) y desencadena, en consecuencia, el mecanismo de la semiosis ilimitada, es decir, del continuo e infinito reenvío desde un dato lingüístico a otro en un intercambio continuo de significados[98]. La idea de la semiosis ilimitada, con los presupuestos que ella implica, está seriamente discutida en el ámbito de la semiótica general[99]; sin embargo, sigue circulando en el ámbito de los análisis semióticos de los problemas jurídicos y sirve para excluir la

96. Cf. especialmente Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit.; Id., *Narrative Models in Legal Proof*, en *Int. J. Sem. Law* 1, 1988, pp. 225 ss. V., además, Lenoble, *Narrative Coherence and the Limits of the Hermeneutic Paradigm*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 127 ss.; Van Roermund, *op. cit.*, pp. 310 ss.; Den Boer, *op. cit.*, pp. 346 ss.

97. Cf., por ejemplo, Grace y Teschner, *Semiotic Contrasts between Trial and Discovery*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, pp. 128 ss.; Benson, *op. cit.*, pp. 33 ss.; Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 45 ss.

98. Cf. Benson, *op. cit.*, p. 38.

99. Cf., por ejemplo, Eco, *Semiosi illimitata e deriva*, ahora en Id., *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, pp. 325 ss. (además, Id., *Intentio Lectoris. Appunti sulla semiotica della ricezione*, *ivi*, pp. 26 ss., y *Le condizioni dell'interpretazione*, *ivi*, pp. 223 ss.).

hipótesis de que el lenguaje usado por los juristas (y, en particular, por los jueces) tenga que ver de algún modo con la realidad empírica de los hechos.

Nada cambia si se pasa de la teoría del lenguaje y del significado al área contigua de la semiótica estructural y de los modelos narratológicos aplicados al proceso en particular[100]. Desde esta última perspectiva, adquiere relevancia exclusiva la dimensión semiótica de los discursos que se llevan a cabo en el proceso, que es concebido, precisamente, como un lugar en el que algunos sujetos realizan discursos y narran «historias»[101]. A partir de aquí, se derivan cosas como la estructura narrativa de las normas y de su interpretación[102] o la aplicación de los esquemas de Greimas a los discursos que se llevan a cabo en el proceso[103]. La idea fundamental es, precisamente, que todo lo que sucede en el proceso se fusiona en un nivel unitario del discurso y que a éste sólo pueden aplicársele los instrumentos del análisis semiótico.

Algunas de las muchas consecuencias relevantes que produce esta línea de pensamiento afectan directamente al problema de la verdad de los hechos. Está claro que si se considera relevante únicamente la dimensión semiótico-estructural del discurso, no se puede considerar relevante el problema de si este discurso, incluso cuando afirma que se refiere a la realidad, hace referencia verdaderamente a alguna realidad empírica. Así, se afirma que la *facticity* o la *fictionality* de la narración de un hecho no es ciertamente relevante, tanto en el proceso como de forma general, desde un punto de vista semiótico[104]. La narración de un hecho realizada en el proceso, por ejemplo, por un testigo no es sustancialmente distinta de la narración de un hecho contenida en una novela; la única diferencia, por otra parte no muy importante, es que la primera *pretende* ser verdadera, mientras que la segunda no pretende serlo[105]. De todos modos, la «pretensión de verdad» no es más que una parte del discurso, un elemento del mensaje enviado por el narrador, pero obviamente no dice nada acerca de la veracidad de la narración[106].

100. Cf., en particular, Jackson, *opp. citt.* en la nota 96.

101. Cf. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 61 ss., 89 ss.; Id., *Narrative Models*, cit., pp. 2 ss. De forma análoga, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 19 ss., 93 ss., 147 ss.

102. Cf. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 97 ss.; Van Roermund, *op. cit.*, pp. 333 ss.

103. Cf. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 27 ss.; Id, *Narrative Models*, cit., p. 4. V. también Landowsky, *Vérité et véridiction en droit*, en *Droit et société* 8, 1988, pp. 45 ss.

104. V., sobre todo, Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., p. 155.

105. Cf. Jackson, *op. ult. cit.*, p. 157.

106. Cf. Jackson, *op. ult. cit.*, pp. 157, 166 ss., 176 ss.

De esta forma, la verdad de la narración de un hecho es rigurosamente reconducida *al interior* de la dimensión lingüística de la narración y deja de ser considerada como un problema que afecta a la relación entre aquélla y la realidad narrada[107]. Así, nada se puede decir acerca de la realidad porque se está únicamente ante una narración; ésta puede «pretender» o «declarar» que es verdadera, pero la fundamentación de esta pretensión no es de ningún modo verificable más allá del propio contexto narrativo. Como máximo, podrá considerarse si la narración es plausible sobre la base de sus propios elementos lingüístico-estructurales[108], lo que lleva a formular el problema de la verdad exclusivamente en términos de coherencia de la narración[109].

Basta aplicar este método de análisis a los discursos que se realizan en el proceso para producir inmediatamente la disolución del problema de la verdad de los hechos y de su respectiva determinación. Las narraciones de los hechos llevadas a cabo por los testigos pueden, como máximo, «pretender» ser verdaderas, pero no es posible establecer si son verdaderas o falsas, y por otra parte al semiótico esto no le importa; también la narración de los hechos que el juez elabora en la decisión puede «pretender» ser verdadera, pero no se puede verificar si lo es o no y, por otra parte, tampoco esto es relevante desde el punto de vista del semiótico.

En realidad, en la versión semiótico-narrativista de la posición que sostiene que la verdad de los hechos no es relevante en el proceso, aflora algo más que una simple forma de dejar a un lado el problema. Mientras que, en efecto, la variante retórico-persuasiva se funda sobre implicaciones más «débiles» desde el punto de vista de la concepción del proceso y de las premisas filosóficas de las que parte, la variante semiótico-narrativista parte de premisas mucho más «fuertes» acerca de la naturaleza del lenguaje, del significado y del conocimiento[110], además de las referidas a la naturaleza del proceso y de la determinación de los hechos. En cuanto a la verdad, la afirmación de su irrelevancia acaba pareciéndose más a una negación filosófica radical que a un simple desinterés. No por casualidad, surgen vinculaciones significativas entre la tendencia semiótico-narrativista y la corriente nihilista o deconstructivista de los *Critical Legal Studies*[111], desde el punto de vista de las soluciones filosóficas, caracterizadas por un idealismo radical o por un irracionalismo racionalizado bajo la forma de teoría del análisis del lenguaje.

En la medida en que remite más o menos conscientemente a estas opciones filosóficas fundamentales, la teoría semiótico-narrativista no es más que una versión actualizada y sofisticada del idealismo radical y a este nivel debe ser discutida y evaluada[112].

En la medida en que se presenta como una opción metodológica para el análisis de los problemas inherentes a la determinación de los hechos en el proceso, la primera consideración que debe hacerse es que una vez más nos encontramos ante una simplificación unilateral radicalizada hasta el punto de disolver el objeto de análisis. En efecto, se puede alcanzar un acuerdo sobre la cuestión obvia de que en el proceso se llevan a cabo discursos y que en esos discursos los «hechos» aparecen principalmente en forma de «narraciones sobre los hechos»; además, parece también obvia la utilidad de analizar estas narraciones con los instrumentos de la semiótica y del análisis del lenguaje, mucho más sofisticados y fecundos que las toscas metodologías que habitualmente emplean los juristas. En otros términos, no hay duda de que en el problema del juicio sobre el hecho, una vez insertado en la dinámica del proceso, existe una interesante y relevante dimensión semiótico-lingüística[113].

En cambio, parece inaceptable, y a veces radicalmente paradójica, la pretensión de que ésa sea la única dimensión significativa (¿o quizás la única existente?) del problema. No menos inaceptable, por su parcialidad, resulta la consiguiente pretensión de reducir el problema de la decisión sobre los hechos a un juego de estructuras semióticas en el que la verdad de los hechos no es siquiera tomada en consideración.

107. Esto es verdadero en las formulaciones más radicales y, en muchos aspectos, más toscas, como la de Jackson (sobre la que se pueden ver referencias en las notas precedentes). Sin embargo, no faltan análisis más sofisticados del problema de la verdad judicial en las que la adopción coherente de la perspectiva semiótica no lleva a negaciones simplistas del problema. Existen, pues, posiciones que podrían denominarse «semiótico-racionalistas», como la de Landowski, *op. cit.*, especialmente, pp. 50 ss., 57.

108. Cf. Jackson, *op. ult. cit.*, pp. 61 ss.; Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 79 ss., 154 ss. Bajo este punto de vista emerge una vinculación no desdeñable con la variante retórico-persuasiva discutida anteriormente, dado que lo que el testigo-narrador realiza es intentar persuadir al juez: cf. Jackson, *Narrative Models*, cit., p. 5.

109. Cf. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 58 ss., 101 ss. Sobre la *coherence theory* v., *supra*, nota 25 y, más ampliamente, *infra*, capítulo IV, 5.

110. También sobre la base de esta línea de pensamiento se puede individualizar fácilmente la idea (sobre la que puede verse, por ejemplo, Rorty, *op. cit.*, pp. 161, 287 ss., 337 ss.) de que no es formulable ningún problema de conocimiento en los términos de la relación entre pensamiento, lenguaje y realidad empírica. También la actividad filosófica se reduciría, en efecto, a una simple «conversación», no interesada en «reflejo» alguno de la realidad (que se considera en todo caso ilusorio o imposible) ni en la búsqueda de verdad alguna.

111. V., en efecto, Jackson, *op. ult. cit.*, pp. 180 ss., e Id., *Sémiotique et études critiques du droit*, en *Droit et société* 8, 1988, pp. 61 ss.

112. V., al respecto, *supra*, en el apartado 2.1.

113. V., en particular, el análisis de Landowski, *op. cit.*

En el fondo, la extrema coherencia de la aproximación semiótico-narrativista marca también su límite fundamental: su negación del problema de la verdad de los hechos no puede ser «verdadera», ya que sólo puede ser una «pretensión de negación» a considerar como nada más que una función del discurso que el semiótico realiza sobre el proceso y sobre la decisión judicial. Así, sin embargo, la cuestión de la verdad de los hechos es únicamente desplazada por un método de análisis que la excluye *a priori,* ya que *a priori* decide que es más oportuno ocuparse de otras cuestiones. Queda, no obstante, por demostrar que el empleo de un método radicalizador e unilateral sirva para probar que no existen o no tienen sentido los problemas a los que éste no puede ser aplicado. En otros términos: está claro que la verdad de los hechos resulta absolutamente extraña para el análisis semiótico-narrativista; pero quizás esto se derive de los límites de ese análisis y no de la inexistencia del problema de la verdad sobre los hechos en el ámbito del proceso.

4. *La verdad posible en el proceso civil.*–Una vez analizadas las principales aproximaciones que de diversas formas niegan o excluyen la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos de la causa, se examinará la posibilidad y la fundamentación de la hipótesis contraria, según la cual el proceso en general, y el proceso civil en particular, puede —y por tanto, probablemente, debe— dirigirse a conseguir una decisión sobre los hechos de algún modo verdadera.

Si la opción negativa al respecto es compleja y diversificada, no menos complejo es el panorama de las opciones positivas, de forma que tampoco desde este punto de vista se puede ostentar razonablemente ninguna pretensión de completud, en particular si se quiere evitar cualquier simplificación excesiva. En efecto, como ya se ha mencionado al inicio[114], si se observa la literatura jurídica sobre las pruebas en los diversos ordenamientos, es habitual encontrar la afirmación de que el proceso está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos, de su verdad probable. Sin embargo, es también habitual que esta afirmación carezca de justificación o de análisis crítico y se reduzca a una mera petición de principio fácilmente destinada a ser contradicha hasta por el propio autor cuando se ocupa de otros aspectos del proceso o al definir las funciones de éste.

En la idea de que el proceso puede o debe orientarse hacia la determinación de la verdad de los hechos, y que las pruebas sirven para ese fin, no hay, pues, nada obvio ni que pueda darse por descontado, ni siquiera si se asume el punto de vista de quien la considera funda-

114. V., *supra*, apartado 1.

mentada. Por tanto, es necesario alguna profundización analítica de las razones por las que es posible asumir una orientación positiva acerca de la capacidad del proceso (civil) para producir decisiones verdaderas sobre los hechos de la causa.

4.1. *La posibilidad teórica.*–Un primer tipo de consideraciones puede hacer referencia al problema de la posibilidad teórica de una determinación verdadera de los hechos de la causa. Esta posibilidad se presenta para quien no acepte ninguna de las posiciones irracionalistas o idealistas cuya consecuencia es negar de raíz la eventualidad de conocer la realidad, excluyendo así *a priori* el fundamento de toda «verdad» judicial de los hechos. Estas posiciones son, en realidad, posibles pero en absoluto necesarias o indiscutibles[115], de forma que parece legítimo no conformarse con las negaciones radicales del problema que aquí se discute.

Por otra parte, no es suficiente descartar las opciones idealistas o irracionalistas para individualizar una base teórica adecuada para las tesis favorables a la posibilidad de una decisión judicial que de algún modo sea «verdadera».

En efecto, esta tesis ha sido defendida con formas diversas, algunas de las cuales son seguramente insostenibles desde el punto de vista teórico.

Uno de esos fundamentos, que parece ser el más difundido entre los juristas[116] y no carece tampoco de manifestaciones entre los filósofos[117], consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se determine la verdad de los hechos. A menudo, esta aproximación parte de alguna forma más o menos consciente de *realismo ingenuo*, es decir, de la presuposición de la existencia de la realidad empírica y de la capacidad del intelecto humano para tener conocimientos verdaderos acerca de esa realidad; no faltan, por otra parte, versiones muy genéricas de la «teoría de la correspondencia» en las que se da por descontado que el conocimiento se «corresponde» con la realidad, siendo precisamente por ello verdadero[118].

A menudo el jurista extrae a partir del sentido común alguna forma de realismo *naïf* y sobre ella fundamenta la hipótesis de que en el proceso se pueden obtener conocimientos verdaderos. Se trata, sin

115. V., *supra*, apartado 2.1.
116. Entre lo más reciente, v., por ejemplo, Ricci, *op. cit.*, pp. 151 ss., 162.
117. Cf., por ejemplo, Cavalla, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, en *Verifiche* XIII, 1984, pp. 469 ss.
118. V., por ejemplo, Cavalla, *op. cit.*, p. 472.

embargo, como es fácil comprender, de uno de los muchos casos en los que el sentido común ofrece al jurista opciones teóricas muy débiles: el realismo ingenuo está ciertamente difundido, pero esto no demuestra que esté teóricamente fundamentado; es más, existen óptimas razones —sobre las que no hay necesidad de insistir en este lugar[119]— para sostener que no constituye una buena premisa teórica en ningún ámbito. Así, pues, no hay ninguna razón para sostener que ése sea un buen punto de partida para analizar la decisión judicial sobre los hechos.

Por otra parte, en la historia del problema no faltan teorías que han intentado fundar más articuladamente el concepto de «verdad objetiva» o «material» como finalidad, no sólo posible sino necesaria, del proceso. Nos referimos, evidentemente, a la teoría de la verdad material, que los sistemas procesales de los denominados países socialistas derivaron del materialismo dialéctico y, en particular, de la doctrina epistemológica de Lenin[120], hasta hacer de ella un concepto cardinal y un principio fundamental de la teoría de la prueba y de la disciplina del proceso civil y penal[121]. La teoría de la verdad material ha tenido complejas vicisitudes históricas y diversas variantes[122], además de sucesivas atenuaciones destinadas a hacerla epistemológicamente más creíble[123]. De todos modos, esta teoría sigue estando estrechamente ligada, incluso en las versiones menos toscas, a un contenido ideológico y filosófico absolutamente peculiar que, durante decenios, ha representado la ortodoxia en la cultura procesalista de los países

119. V., más ampliamente, *infra*, capítulo III, 1.
120. V., en especial, Lenin, *Materialismo y empíricocritismo: notas críticas sobre una filosofía reaccionaria*, tr. cast., Barcelona, 1975.
121. Para una exposición compleja de la teoría de la verdad material, cf. Troussov, *Introduction à la théorie de la preuve judiciare*, tr. fr., Moscou, 1965, pp. 13 ss., 189 ss. y *passim*. V., además, Gwiazdomorski y Cieslak, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en *La preuve*, cit., vol. XIX, pp. 68 ss.; Niethammer, *Prozessuale Mittel zur Feststellung der objektiven Wahrheit im sozialistiche Zivilprozess*, en *Staat und Recht*, 1954, pp. 345 ss.; Wyschinski, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowietischen Recht*, tr. al., Berlin, ³1955, pp. 231 ss.; Huber, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 36 ss.
En la literatura italiana, cf., también para otras referencias, Cerroni, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, pp. 192 ss. [tr. cast., *El pensamiento jurídico soviético*, a cargo de V. Zapatero y M. de la Rocha, Madrid, 1977, pp. 243 ss.]; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 139 ss., 189 ss.
122. Cf., especialmente, Ginsburgs, *Objective Truth and the Judicial Process in Post-Stalinist Soviet Jurisprudence*, en *Am. J. Comp. L.* 10, 1961, pp. 53 ss., además de Cerroni, *op. cit.*, *loc. cit.*
123. Se trata en particular de la elaboración de una idea «relativa» de la verdad material, sobre la que puede verse Ginsburgs, *op. cit.*, pp. 64 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 144.

socialistas, pero que precisamente por sus peculiaridades no deja de suscitar dudas (por usar un eufemismo). *Simul stabunt, simul cadunt*, de forma que no parece que la teoría de la verdad material merezca hoy más que una mención, justificada por exigencias de completud historiográfica, a pesar de que resulte imposible prever hacia qué direcciones se dirigirá la cultura que ha fundamentado durante mucho tiempo sobre aquélla una precisa concepción de la finalidad del proceso desde el punto de vista de la decisión sobre el hecho.

La insostenibilidad de las diversas formas de realismo acrítico no equivale, sin embargo, a la necesidad de rechazar toda forma de realismo, ya que queda abierta la posibilidad de sostener formas de *realismo crítico* a la luz de los análisis filosóficos y epistemológicos menos «ingenuos»[124]. Es más, precisamente en esta dirección parecen surgir las bases teóricas sobre las que fundar la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos.

Por un lado, está claro que no toda teoría de la verdad como correspondencia es sostenible, pero hay al menos una concepción de la verdad como correspondencia que parece aceptable: es la concepción «semántica» de Tarski[125], que recientemente ha recibido valoraciones positivas incluso provenientes de autores que —como Quine— no son sospechosos de sostener un realismo ingenuo[126]. Así pues, existe la posibilidad teórica de evitar la escisión total entre el lenguaje y la realidad empírica y de hablar sensatamente de una verdad como correspondencia[127], es decir, de una verdad que no se reduce de forma exclusiva a la coherencia interna del discurso o del sistema de conceptos que éste utiliza. De esa forma, se podrá discutir y delimitar el alcance del concepto de correspondencia[128], pero sigue siendo posible evitar considerar como un discurso sin sentido a todo aquel que aspire a «hablar racionalmente de la realidad» en términos de verdad de las aserciones sobre hechos.

124. Cf., por ejemplo, Schünemann, *op. cit.*, pp. 562 ss.
125. Sobre esta concepción, y para sus referencias, v., *infra*, capítulo III, 1.
126. Cf. Quine, *Truth*, en Id., *Quiddities*, cit., p. 215; Id., *The Pursuit of Truth*, cit., pp. 80 ss., 84 ss. [tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, pp. 123 ss., 129 ss.].
127. V. al respecto, más ampliamente, *infra*, capítulo III, 1.
128. Así, por ejemplo, Quine, *Truth*, cit., pp. 212 ss., 214, subraya que la teoría de la coherencia y la teoría de la correspondencia son complementarias, refiriéndose la segunda específicamente a la relación entre la verdad y lo referido por ella. El propio Quine ha criticado durante mucho tiempo la idea toscamente empirista de la correspondencia entre proposiciones concretas y objetos empíricos, configurando una conexión ineludible entre experiencia y teoría (v. Id., *Two Dogmas*, cit., pp. 43 ss). Sobre el empirismo crítico como constante del pensamiento de Quine v., por otra parte, *supra*, en la nota 24.

Por otro lado, surgen en la filosofía contemporánea posiciones de realismo crítico que toman en cuenta objeciones a las formas tradicionales del realismo tosco o del empirismo elemental, pero que, sin embargo, conservan el significado de la referencia a la realidad empírica. Esto es, sigue siendo verdadero que «queriéndolo o no, debemos vivir con alguna forma de realismo»[129], de modo que —más que las fugas hacia el irracionalismo propuestas por los idealistas radicales— parecen justificados los intentos de elaborar formas creíbles y defendibles de realismo crítico consciente. En esa dirección, no faltan elaboraciones de notable interés: basta citar, a modo de ejemplo, la de Putnam, que deriva, a partir de un análisis profundo del idealismo y del realismo en la filosofía moderna, la insostenibilidad del realismo absoluto fundamentado en el «Ojo de Dios», pero evita cualquier peligro de solipsismo y elabora un «realismo interno» que mantiene significativos vínculos racionales con la realidad del mundo[130].

Putnam se sitúa en una línea de relativización radical de los sistemas cognoscitivos y de los criterios de verdad[131], que es, en realidad, una aproximación muy difundida en muchas áreas del análisis filosófico de los últimos años. Sobre ese tema vale la pena destacar que, en ciertos aspectos, tampoco algunas de las versiones relativistas más extremas del problema de la verdad son *a priori* incompatibles con la idea de que en el proceso pueda alcanzarse una determinación de los hechos en algún sentido verdadera. Si se toma en consideración, por ejemplo, la teoría de Rorty, que quizás ha inspirado las tesis más radicales de los «nihilistas» norteamericanos[132], se constata que está fundamentada esencialmente sobre la «contingencia del lenguaje» (entendida como contingencia, pluralidad y variabilidad de los sistemas culturales y de los «vocabularios» que los expresan)[133]. Esto implica que también la verdad, como posible carácter de los enunciados lingüísticos y, por tanto,

129. Cf. Bonatti, en la *Introduzione* a Quine, *Quidditates. Quasi un dizionario filosofico*, tr. it., Milano, 1991, p. 17.
130. Cf. Putnam, *El significado y las ciencias morales*, cit., especialmente pp. 29 ss., 121 ss., 131 ss., 141 ss.; Id., *Razón, verdad e historia*, cit., especialmente pp. 34 ss., 59 ss., 109 ss.; Id., *Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore*, en el vol. *Livelli di realtà*, ed. por M. Piattelli Palmarini, Milano, 1987, pp. 39 ss. Cf. también Villa, *Coerenza normativa*, cit., pp. 585 ss.
131. Cf. Putnam, en los lugares citados en la nota precedente.
132. V., *supra*, apartado 2.1.
133. Cf., en particular, Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, tr. cast. a cargo de A. E. Sinnot, 1991, especialmente, pp. 23 ss., 29 ss. Sobre ese libro v. la amplia recensión crítica de Hutchinson, *The Three «Rs»: Reading Rorty Radically*, en *Harv. L. R.* 103, 1989, pp. 555 ss.

como creación humana, es a su vez contingente, puesto que sólo se puede hablar de ella dentro de un «lenguaje» o de un «vocabulario»[134]; por otra parte, y aunque sea en esta perspectiva radicalmente relativizada, Rorty mantiene el concepto de verdad y la posibilidad de distinguir sensatamente entre enunciados verdaderos y enunciados falsos[135].

Consideraciones análogas valen para la relativización propuesta por Goodman[136]. Esa relativización consiste en destacar que pueden ofrecerse muchas versiones y visiones distintas del mundo en función de los diversos «marcos de referencia» posibles empleados por los distintos sistemas de descripción[137]; así, se pueden tener muchos «mundos posibles» (es decir, muchas versiones del mundo) construidos de formas distintas[138]. En este contexto la noción de verdad resulta problemática en la medida en que no puede limitarse simplemente a la confrontación o a la correspondencia con un «mundo real», ya que existen únicamente «versiones» del mundo[139]; además, puede suceder, y a menudo sucede, que existan diversas versiones del mundo que pretendan ser verdaderas, y que lo sean, aun estando en conflicto entre sí[140]. Sin embargo, en ese contexto no se pierde la noción de verdad, ya que admitir distintas versiones del mundo no significa que todas ellas sean igualmente aceptables[141] y al final la verdad sigue siendo necesaria, aunque no sea el único criterio posible para escoger entre distintas

134. V., en particular, Rorty, *op. ult. cit.*, pp. 24 ss, 27, 41. Vale la pena observar que al respecto Rorty presenta como descubrimientos fundamentales cosas que son en realidad muy banales y ampliamente conocidas ya antes de él y fuera de su teoría como, precisamente, la relatividad del conocimiento y de la verdad o el hecho de que la verdad es un carácter de los enunciados sobre las cosas y no de las cosas materiales del mundo.
135. Cf. *op. cit.*, pp. 26 s., donde Rorty señala que la posibilidad de otros «vocabularios» o de otros «juegos lingüísticos» no convierte en indiferente o arbitraria la elección de qué vocabulario se usa o de a qué juego lingüístico se juega. Es más, Rorty se reafirma en el valor de verdad y en la distinción entre verdad y falsedad (*ibid.*, pp. 24, 27 y 41). No obstante, de la verdad sólo dice que se predica de aserciones y no del mundo; no dice, en cambio, en qué consiste ni de qué modo se distingue una aserción verdadera de una aserción falsa. Quizás Rorty sostiene, habiendo excluido toda «correspondencia» con el mundo (v. Id., *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, cit.), que son aplicables al respecto los criterios internos de cada vocabulario concreto, pero entonces se sitúa de nuevo en el plano antes descontado de la relatividad de la verdad al sistema cultural y conceptual que en cada caso se adopta para determinarla.
136. V., en particular, Id., *Maneras de hacer mundos*, tr. cast. a cargo de C. Thiebaut, Madrid, 1990.
137. *Op. cit.*, pp. 19 ss.
138. Para un interesante análisis de las «maneras de hacer mundos» v. *ibid.*, pp. 25 ss.
139. *Ibid.*, pp. 37 ss., 40 ss.
140. *Ibid.*, pp. 130 ss., 150 ss.
141. *Ibid.*, p. 131.

versiones del mundo[142]; por otra parte, Goodman no es un dogmático en este punto y, mientras que es más bien crítico respecto de la concepción de la verdad como coherencia[143], admite la posibilidad de opiniones distintas acerca de la individuación de «mundos reales» y de sus relaciones con las distintas «versiones del mundo»[144]. Así pues, incluso desde esta perspectiva existe alguna posibilidad de usar la verdad como una característica de las aserciones sobre la realidad, a pesar de que resulta oscura la determinación del concepto[145].

Obviamente, estos comentarios no agotan el panorama de las líneas filosóficas que ofrecen, en términos de realismo crítico, de empirismo interno o de relativismo epistemológico, respuestas distintas pero positivas —o no radicalmente negativas— al problema de la verdad. Un análisis de ese tipo no puede ser abordado aquí y, por otra parte, tampoco es necesario. En realidad, en esta sede no es necesario en absoluto asumir una orientación filosófica específica en calidad de premisa exclusiva para el análisis del problema de la verdad judicial. En cambio, es suficiente mostrar que existen orientaciones idóneas para ofrecer, aunque sea en términos filosóficos y epistemológicos muy distintos, el fundamento teórico de la posibilidad de construir nociones sensatas de «verdad judicial» como carácter de las aserciones acerca de los hechos de la causa y como criterio para elegir entre aserciones verdaderas y aserciones falsas.

Lo que resulta en todo caso inaceptable es el realismo *naïf*, radicado en el sentido común del que a menudo se sirven los juristas: no por casualidad, precisamente, contra este tipo de realismo se dirigen, con buenas razones, los argumentos escépticos y los que sostienen hipótesis de relativismo radical o de idealismo.

4.2. *La oportunidad ideológica.*–Además de teóricamente posible, la búsqueda de la verdad de los hechos es también ideológicamente oportuna e incluso en muchos sentidos necesaria.

142. *Ibid.*, pp. 164 ss.
143. *Ibid.*, p. 169.
144. *Ibid.*, pp. 132 ss.
145. Goodman se plantea realmente el problema de la verdad en el caso de que se den dos versiones del mundo en conflicto. Para resolver el conflicto propone considerarlas a ambas como verdaderas, pero «en mundos distintos», lo que a menudo es razonable, o conciliarlas manipulándolas de forma que se elimine el conflicto, lo que a veces es posible. Goodman admite también la posibilidad de que una versión sea considerada verdadera y la otra falsa, pero no explica sobre la base de qué criterio puede realizarse esa elección y se limita a destacar —pero no es una solución excitante— que, en el fondo, también se puede escoger en base a criterios distintos de la verdad (v. *ibid.*, pp. 150 ss. y 163 ss.).

Como ya se ha hecho anteriormente[146], se hace referencia aquí a la dimensión ideológica del problema en un sentido que es muy amplio y muy específico al mismo tiempo: es muy amplio porque se pretende que esa dimensión alcance a la fijación y a la ejecución de valores; es muy específico porque se hace referencia a los valores que se considera que están vinculados e incorporados en los objetivos que se asignan al proceso en general y al proceso civil en particular.

La ideología de los objetivos del proceso que aquí se destaca sostiene que éste debe tender a producir *decisiones justas*[147], lo que resulta muy obvio y difícilmente contestable. Naturalmente, es posible definir de otros modos la finalidad del proceso, como se hace cuando se dice que aquél pretende decidir *tout court* las controversias o decidirlas satisfactoriamente para las partes[148]; es más, esta posibilidad es la razón principal por la que la finalidad de producir decisiones justas constituye una ideología más bien que una teoría del proceso[149]. En realidad, simplificando al máximo el problema, se trata de una elección acerca de lo que el proceso debería hacer más que de un análisis acerca de lo que se sostiene que el proceso hace realmente.

Quien sostiene la tesis de que el proceso debe tender hacia la producción de decisiones justas está lógicamente inducido a discutir y analizar los criterios en base a los cuales debería definirse, en general, o valorarse en el caso concreto, la justicia de la decisión: surgen así las teorías procedimentales de la justicia[150] o se plantea el problema de la

146. V., *supra*, apartado 2.2.
147. En la doctrina italiana se puede hacer referencia a la tesis que sostiene que la función del proceso es la ejecución de la ley (al respecto, v., esencialmente, Chiovenda, *Principii*, cit., pp. 65 ss. —tr. cast., *Principios*, cit., pp. 94 ss.— e *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, I, pp. 32 ss. —tr. cast., *Instituciones de derecho procesal civil*, a cargo de E. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, I, pp. 39 ss.
148. V., *supra*, apartado 2.2.
149. En realidad, no es obvio (es más, es altamente problemático) que el proceso pueda o deba tender hacia la implementación de criterios de «justicia material» y, en su caso, qué criterios serían éstos y de qué modo se implementarían. V., respecto a las muy diversas posibilidades que existen, desde el punto de vista del derecho comparado, Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, cit., pp. 51 ss., 120 ss., 152 s., 289 s.
150. Entre ellas, probablemente la más conocida sea la que desarrolla John Rawls, en su forma más acabada, en *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971 —tr. cast., *Teoría de la justicia*, a cargo de M.ª Dolores González, México D.F., 1971—). Rawls elabora un concepto de *pure procedural justice* caracterizado especialmente por la falta de criterios autónomos para establecer la justicia del resultado de cualquier procedimiento institucional. La única condición de justicia sería, en efecto, la *fairness* del procedimiento, mientras que si se dispone de la intervención de criterios de justicia distintos se obtiene una *imperfect procedural justice* (v., *ibid.*, pp. 83 ss. —tr. cast., *ibid.*, pp. 106 ss.).

justa interpretación y aplicación de la ley por parte del juez y de sus respectivas garantías[151].

No es éste el lugar adecuado para adentrarse en un análisis de las posibles concepciones de la justicia de la decisión judicial, aunque sólo sea porque esas concepciones normalmente se refieren a la decisión sobre el derecho y no abordan el problema de la determinación de los hechos[152].

Sin embargo, hay un aspecto muy importante del concepto de justicia de la decisión que afecta directamente al problema que estamos tratando; la cuestión se plantea en la medida en que, independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta *nunca* es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa[153]. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica[154].

Esta posición está muy difundida entre las modernas teorías de la decisión judicial, más allá de las diferencias incluso relevantes de orientación cultural; por otra parte, se puede llegar a esa posición por vías muy distintas. Quizás precisamente esto confirma que la afirmación de

151. V., entre lo más reciente, y para otras indicaciones, Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, pp. 245 ss., 255 ss., 275 ss., 285 ss., donde se ponen de manifiesto los distintos aspectos del problema y se destacan significativamente las cuestiones referidas a la praxis de la interpretación, especialmente judicial. Particularmente atento a las garantías de la decisión en el proceso penal es el reciente análisis de Ferrajoli en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, ²1990, pp. 5 ss., 18 ss., 94 ss., 107 ss., 147 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 33 ss., 45 ss., 117 ss., 129 ss., 166 ss.].

152. Una excepción relevante en la doctrina reciente es la obra de Ferrajoli, cit. en la nota anterior (especialmente pp. 18 ss., 107 ss. —tr. cast., especialmente pp. 45 ss., 129 ss.—). Para algunas menciones relativas al proceso civil v. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 44 ss., 277 ss., e Id., *Note per una riforma*, cit., pp. 243 ss.

153. Para una clarísima afirmación y justificación de este principio cf. Atiyah y Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987, pp. 157 ss.; en sentido análogo cf. Bulygin, *op. cit.*, p. 25.

154. En este sentido, v. Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), ahora en Id., *Opere giuridiche*, cit., I, p. 25: «... en la gran mayoría de los casos, la bondad de las sentencias está en relación directa con el grado de esmero puesto por el juez al indagar exactamente la relación de hecho» [tr. cast., *La génesis lógica de la sentencia civil*, a cargo de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 384].

la verdad de los hechos como condición de justicia de la decisión no es un dato típico de una concepción específica de los objetivos del proceso, sino que tiende a ser un criterio de carácter general siempre que se piense en la decisión judicial en términos de justicia[155] y no sólo en términos de eficiencia como instrumento de pacificación o de control social. Debe observarse, por otra parte, que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión[156]. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida *cualquier* solución del conflicto y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es condición necesaria de cualquier solución justa de un conflicto[157]. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso.

Algunas veces ese principio se formula en una versión «mínima» y de mero sentido común, es decir, sin explicitar analíticamente sus implicaciones teóricas e ideológicas. Así, por ejemplo, se puede evitar comprometerse con un teoría de los objetivos del proceso, pero si se sostiene que la decisión debe ser, al menos, razonablemente correcta es necesario excluir que se pueda fundar en un juicio de hecho erróneo[158]. En la misma dirección, un claro *fact-skeptic* como Jerome Frank llegó a decir, basándose en el puro y simple sentido común, que ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una determinación

155. Cf., en particular, Ferrajoli, *op. cit.*, *locc. ultt. citt.*

156. Cualquiera que sea el canon jurídico *substantivo* que se considere válido como criterio de justicia de la decisión, resulta válido el razonamiento que se hará en el texto respecto de la estructura condicional de la norma, en el sentido de que todo criterio de justicia se aplica a hechos y es aplicado correctamente sólo si los hechos son establecidos de forma verdadera. Esto no es válido para criterios de decisión absolutamente arbitrarios, que pueden prescindir de la verdad de los hechos; ahora bien, es dudoso que criterios de este tipo puedan considerarse cánones «de justicia».

«Un juez debe determinar los hechos antes de dictar sentencia»: Agnes Heller, *Más allá de la justicia*, tr. cast., Barcelona, 1990, p. 26, en sede de análisis general del concepto «formal» de justicia.

157. En este sentido v., en particular, Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, pp. 162 s. Análogamente, Gilles, *op. cit.*, p. 274.

158. Cf., por ejemplo, Saks y Kidd, *Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics*, en *Law & Soc. R.* 15, 1980-1981, pp. 123, 125.

equivocada de los hechos[159]. Este tipo de posiciones son «en negativo» y no se comprometen con teorías de la verdad ni con ideologías del proceso. Sin embargo, son muy significativas, al menos, por dos razones: la primera es que surgen también en la cultura de los sistemas de *common law*[160], en la que la influencia del *adversary system* y de la concepción del proceso como *machinery* destinada exclusivamente a la solución de los conflictos opera en la línea de hacer tendencialmente irrelevante la determinación de la verdad de los hechos[161]. La segunda razón es que aquellas posiciones «en negativo» no indican ningún criterio específico de verdad, pero, al excluir que la decisión pueda fundarse en un juicio sobre los hechos erróneo, sí indican que el proceso debe tender a alcanzar una determinación verdadera de los hechos[162]. En todo caso, esas posiciones plantean el problema de la verdad de los hechos, señalándola como medida de «corrección» de la decisión y del proceso que la precede.

Una versión en muchos sentidos «más fuerte» del principio de verdad se encuentra en las teorías (prevalentemente continentales) de la aplicación de la ley y de la decisión judicial.

Esa versión surge siempre que se adopta (como sucede muy a menudo) el esquema según el cual la norma jurídica tiene estructura condicional: en la medida en que prevé que una determinada consecuencia jurídica se produzca, y sea declarada por el juez, cuando ocurra el hecho previsto (aunque sea en términos generales) por la norma[163]. En

159. Cf. *Courts on Trial*, cit., pp. 95 ss.

160. Sobre el surgimiento de un «principio de verdad» en la cultura jurídica del *common law* v., en particular, las consideraciones de Jolowicz, *The Dilemmas of Civil Litigation*, en *Israel L. R.* 18, 1983, pp. 164 ss. En ese sentido, por otra parte, pueden encontrarse no pocos ejemplos en la cultura norteamericana a partir de un famoso trabajo de Pound (*On the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, de 1906, reproducido en Vanderbilt, *Cases and Other Materials on Modern Procedure and Judicial Administration*, New York, 1952, pp. 38 ss.), hasta llegar a las páginas de Frank citadas en la nota anterior y a no pocos escritos en la literatura más reciente (entre los que pueden verse, en particular, Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, en *U.Pa.L.R.* 123, 1975, pp. 1041 ss., y Steffen, *Truth as Second Fiddel: Reevaluating the Place of Truth in the Adversary Trial Ensemble*, en *Utah L. R.*, 1988, pp. 801 ss., 839 ss., y Atiyah y Summers, *op. cit.*, *loc. cit.* y p. 161 para la idea de que el sistema inglés parece más *truth-oriented* que el norteamericano). Por otra parte, debe recordarse que la idea de que *truth is the foundation of justice* está ya presente en Bentham (cf. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986, p. 348).

161. Cf. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 4 ss., 44 ss.

162. Cf., por ejemplo, Saks y Kidd, *op. cit.*, p. 125.

163. Cf., por ejemplo, Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, pp. 114, 116 y, en particular, Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, ²1983, pp. 105 ss.

resumen: si se supone que las normas tienen una estructura del tipo «si H (hecho), entonces C (consecuencia jurídica)», parece evidente que ninguna norma puede ser correctamente aplicada si no es cuando se haya establecido H, es decir, cuando el hecho resulte de una determinación de alguna forma verdadera[164].

Se trata, obviamente, de una grandísima simplificación, que no toma en cuenta importantes diferencias existentes en el ámbito de la tipología estructural de las normas jurídicas, ni la posibilidad de que la prótasis de la norma esté constituida por una noción jurídica y no fáctica, ni la posibilidad de que el pronunciamiento relativo a las consecuencias jurídicas sea mucho más complejo de cuanto se ha representado en este esquema[165].

En todo caso, es útil para entender que cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el «hecho» previsto por la norma. Parece, en efecto, intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido[166].

Las teorías que se ocupan más directamente de la decisión judicial llegan también a consecuencias análogas. Más allá de la recurrente, y quizás insoluble, duda acerca de la validez al menos parcial del esquema del silogismo judicial[167] y, por tanto, también cuando se adoptan modelos distintos y hasta más articulados de decisión, sigue manteniéndose firmemente el principio según el cual la decisión sobre los hechos

164. Cf. Wróblewski, *op. cit.*, p. 106.

165. Sobre esta última posibilidad, y para un análisis de las variantes en las que puede manifestarse, v., entre lo más reciente, Proto Pisani, *Appunti sulla tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, en *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 68 ss. Estas variantes afectan en general a la determinación de las consecuencias jurídicas derivadas de la relación norma-hecho y, por tanto, no inciden sobre esa relación; existen, sin embargo, casos en los que la norma puede no referirse al hecho en sentido estricto sino al poder de alguien de producir el efecto jurídico (cf. Proto Pisani, *ivi*, pp. 63 ss.).

166. V., por ejemplo, Scarpelli, *La definizione nel diritto*, en Id., *Etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 209. De todos modos, el propio Scarpelli subraya que esta concepción es típica de la filosofía o ideología del iluminismo liberal y es reductiva en la medida en que se remite a modelos cientifistas: cf. Id., *Auctoritas non veritas*, cit., pp. 30 s.

167. Sobre el problema del silogismo judicial v., entre lo más reciente, Barberis, *op. cit.*, pp. 285 ss., además de Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en *Rechtstheorie* 5, 1974, p. 33, y Comanducci, *Osservazioni in margine* [a ese artículo de Wróblewski], en *L'analisi del ragionamento giuridico*, ed. por P. Comanducci y R. Guastini, Torino, 1987, pp. 299 ss.

es en todo caso una decisión que tiende a establecer la verdad de los mismos[168]. En la teoría de la decisión es realmente muy discutido el problema de qué hechos deben ser determinados y cómo se identifican —en función de la norma que deberá ser aplicada o que se conjetura como aplicable al caso concreto— las circunstancias idóneas para integrar el *Tatbestand* abstracto previsto por la norma[169]. Sin embargo, no hay duda de que, una vez identificadas esas circunstancias (o una vez establecido que los hechos alegados integran un determinado hecho condicionante normativo), sobre ellas debe formularse una decisión verdadera como condición necesaria para que la norma pueda aplicarse correctamente al caso concreto[170].

Las teorías de la norma y de la decisión a menudo dan por descontado este punto porque son habitualmente teorías acerca de la resolución de la *quaestio juris* y de sus respectivos problemas y porque por alguna razón no muy clara los teóricos del derecho piensan que la decisión sobre los hechos es un tema exclusivamente reservado a los procesalistas[171] (quienes, a su vez, también por razones poco claras, a menudo sostienen que corresponde a los teóricos ocuparse de los aspectos no estrictamente procesales de la decisión sobre los hechos).

No faltan, sin embargo, ejemplos incluso muy importantes de racionalización del principio de verdad de los hechos entre las teorías del derecho y de la decisión judicial. Así, por ejemplo, se ha formulado una concepción de la «justicia como reconocimiento de la verdad» que gira sobre el momento procesal y pone la verificación de la «conformidad con los hechos» en la base del mismo. Esta concepción subraya el rol fundamental que tiene en la experiencia jurídica el valor de la verdad y de ello deriva el valor esencial de la verdad en la administración de la justicia[172].

168. Cf. más ampliamente Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 238 ss., y especialmente Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl., Heidelberg, 1960, pp. 37 ss.

169. Sobre este problema v., *infra*, el capítulo II.

170. Cf., en particular, Engisch, *op. cit.*, p. 85.

171. Cuando esto no se produce, es decir, cuando los teóricos no olvidan del todo el problema de la determinación de los hechos, se contentan con formulaciones excesivamente simples y no siempre aceptables. A modo de ejemplo, cf. Barberis, *op. cit.*, p. 288, y Gianformaggio, *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988, pp. 473 ss.

172. Cf. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, pp. 311 ss. Al respecto, v. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991, pp. 53 ss., 57 ss. En sentido crítico cf. Scarpelli, *Auctoritas non veritas*, cit., pp. 29 ss.

Así, también en el ámbito de un análisis complejo de los distintos temas referentes a la interpretación y aplicación de la ley y a la decisión judicial, Jerzy Wróblewski ha identificado una «ideología legal-racional» de la decisión que hoy parece tendencialmente dominante en la cultura occidental[173]. En el centro de esta ideología hay una concepción racional y analítica de la «verdad judicial» como característica esencial de una decisión controlable, articulada y justificada: la verdad de los hechos es, en este sentido, el resultado de un procedimiento cognoscitivo complejo, que se desarrolla según directivas jurídicas y racionales y acaba en un juicio racionalmente justificado[174]. Este juicio es un momento esencial en la estructura de la decisión judicial, del mismo modo que la justificación racional es un aspecto esencial de la justificación de la decisión globalmente entendida.

Finalmente, no faltan explícitas teorizaciones de la verdad judicial de los hechos como garantía o como base para la implementación de las garantías referidas al proceso y a la legalidad. No por casualidad, se ha dicho que *veritas, non auctoritas, facit iudicium* para precisar que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que una justicia «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales[175].

Es, pues, evidente que la afirmación del principio de verdad de los hechos en la decisión judicial es, como se ha dicho anteriormente, el fruto de una elección ideológica o —si se prefiere— valorativa. Esta elección puede situarse a niveles distintos (en el plano de las definiciones generales de la justicia o en el plano más específico de los objetivos o de las garantías del proceso civil o penal) y, en consecuencia, puede tener distintas formulaciones. En todo caso, no parece fácil evitarla, al menos si se parte de ideas conscientes y racionalizadas acerca de las

173. Cf., en especial, Wróblewski, *Legal Syllogism*, cit., p. 38; Id., *Justification Through Principles and Justification Through Consequences*, en *Reason in Law*, vol. I, Milano, 1987, pp. 140, 158 ss.; Id., *Justification of Legal Decisions*, en *Meaning and Truth*, cit., p. 51; Id., *Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions*, *ivi*, pp. 153 ss.; Id., *Ideología de la aplicación judicial del derecho*, en Id., *«Sentido» y «hecho» en el derecho*, San Sebastián, 1989, pp. 51 ss., 61 ss.

174. Cf., especialmente, Wróblewski, *The Problem of the So-Called Judicial Truth*, en Id., *Meaning and Truth*, cit., pp. 180 ss, 187 ss.; Id., *Theoretical and Ideological Problems*, cit., pp. 132 ss.; Id., *Facts in Law*, cit., pp. 106 ss.; Id., *Justification*, cit., p. 62; Id., *Ideología*, cit., pp. 61 ss.

175. Cf. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 9 s., 44 [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 37 s., 69]; Id., *Guarantees and Truth in Criminal Law*, en *Reason in Law*, cit., vol. I, pp. 301 ss.

funciones del proceso, precisamente porque parece muy difícil romper el nexo que vincula la verdad de los hechos y la justicia de la decisión y hace de la primera una condición necesaria de la segunda. Obviamente, este nexo no impide que se rechace el valor constituido por la verdad de los hechos, pero implica que en ese caso se renuncie necesariamente a la pretensión de tener decisiones que de algún modo sean justas. También esta elección es obviamente posible, pero tiene el inconveniente de situarse fuera de las concepciones racionales y democráticas de la justicia, que caracterizan la cultura jurídica occidental actual; además, esa elección deslegitima y hace sustancialmente ociosas las discusiones que versan sobre cualquier acepción de la justicia, de la legalidad y de la interpretación racional de las normas.

Se trata, pues, de un principio ideológicamente muy comprometido, ya que su aceptación o su rechazo implican concatenaciones complejas e importantes de consecuencias respecto de la forma de concebir la legalidad y la administración de la justicia.

Por otra parte, se trata también de un principio epistemológicamente poco comprometido, en el sentido de que no implica por sí solo la asunción de una determinada teoría de la verdad en general o de la verdad judicial en particular.

Evidentemente, ese principio es incompatible con cualquier línea epistemológica que niegue *a priori* la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos[176]; es también incompatible con concepciones ficticias o circulares de la verdad, como la que sostiene que toda decisión procesal sobre los hechos es «verdadera» por definición[177]; finalmente, es incompatible también con posiciones que sostengan que la determinación de la verdad de los hechos en el proceso resulta imposible o, en todo caso, irrelevante[178]. En efecto, es contradictorio sostener contextualmente que la decisión debe fundamentarse en la verdad de los hechos y que la verdad de los hechos no puede o no debe ser alcanzada en el proceso o, en todo caso, que resulta inútil porque no sirve para fundamentar la decisión.

176. Por tanto, es incompatible con las líneas teóricas examinadas, *supra*, en el apartado 2.1. Esto también es válido en la dirección inversa, es decir, esas líneas teóricas, si se aplican a la decisión judicial, hacen imposible formular cualquier valoración de la misma en términos de justicia.

177. Se trata de las concepciones discutidas, *supra*, en el apartado 2.2. También aquí es válida la inversa, es decir, esas concepciones precluyen cualquier valoración de la decisión judicial en términos de verdad.

178. Se trata de las posiciones examinadas, *supra*, en el apartado 3. También aquí debe decirse que de esas tesis se deriva la imposibilidad de cualquier valoración de la decisión judicial en términos de justicia.

El principio examinado es, en cambio, compatible con distintas concepciones teóricas de la verdad y no implica directamente la asunción de ninguna de ellas. Afirmar en el plano de las elecciones ideológicas que el proceso civil (o el proceso en general) debe tender hacia la determinación de la verdad de los hechos presupone que esa determinación se considera posible[179], pero no dice nada acerca de qué «versión» de la verdad es la que se tiene en mente cuando se dice que ésta se determina en el proceso. En resumen: se trata de una elección ideológica que puede fundamentarse en epistemologías distintas y, por tanto, puede también ser más o menos valiosa en función de sus premisas epistemológicas. Así pues, se podrá realizar una elección oportuna en la medida en que sea favorable al principio de verdad judicial de los hechos, pero infundada porque esté basada en una teoría inaceptable de la verdad[180].

En cambio, se pueden realizar elecciones adecuadas en el plano ideológico, porque son favorables al principio de verdad, y fundamentadas, porque están basadas en teorías aceptables de la verdad y de su «presencia» en el proceso. En esos casos se dan las condiciones que hacen legítimo decir que el proceso *debe* tender a determinar la verdad de los hechos, sin hacer de esta afirmación un *eslogan* o una obviedad. En esos casos, además, se obtiene un cuadro teórico-ideológico en función del cual se puede valorar cada sistema procesal concreto desde el punto de vista de su idoneidad para producir decisiones justas en la medida en que estén fundadas en reconstrucciones verdaderas de los hechos.

4.3. *La posibilidad práctica*.- Si se asume que la verdad de los hechos en el proceso es teóricamente posible e ideológicamente necesaria, queda por verificar su posibilidad práctica.

Se ha visto ya anteriormente que resulta infundada la tesis que sostiene que la determinación verdadera de los hechos sería imposible porque la función del proceso y su regulación jurídica ponen límites relevantes a la posibilidad concreta de establecer la verdad[181]. Sin embargo, no parece suficiente mostrar que la tesis negativa resulta infundada para agotar el problema: en efecto, aunque se asuma que los lími-

179. Se presupone, pues, *al menos una* de las posiciones teóricas mencionadas, *supra*, en el apartado 4.1.

180. Éste es el caso de la teoría ortodoxa de la «verdad material» mencionada, *supra*, en el apartado 4.1, que puede ser ideológicamente compartida en la medida en que maximiza el reclamo a la verdad de los hechos en el proceso, pero resulta carente de fundamento para quien no admita la epistemología del materialismo dialéctico.

181. V., *supra*, apartado 2.3.

tes derivados de la regulación jurídica del proceso no impiden necesariamente la determinación de la verdad, es necesario establecer «en positivo» qué verdad puede ser determinada y en qué términos, dada la presencia de aquellos límites.

Al respecto, un primer tipo de consideraciones hace referencia a la influencia que tiene sobre la determinación de la verdad de los hechos la presencia de normas que regulan el proceso y, en particular, que se ocupan de la determinación de los hechos estableciendo límites a la admisión de pruebas, procedimientos particulares para su formación y adquisición y, algunas veces, también predeterminando su eficacia[182].

A menudo se tiende a pensar que la presencia de normas de este tipo produce un contexto absolutamente típico y autónomo, completamente distinto de cualquier otro contexto en que se planteen problemas *lato sensu* cognoscitivos; por ello, se tiende a considerar que la «verdad judicial» no tiene nada en común con la verdad de la que se habla fuera del proceso[183].

Sin embargo, existen varias razones por las que esta forma de pensar es en gran medida infundada. En primer lugar, debe observarse que las normas legales que regulan las pruebas y la determinación de los hechos en el proceso no sólo no agotan esos temas sino que son, al contrario —especialmente en los ordenamientos modernos—, esencialmente *residuales*. En sustancia, se trata de reglas que afectan a algunos aspectos o partes de la *machinery* procesal de determinación de los hechos cuya importancia tiende a disminuir (aunque no se pueda pensar en su completa desaparición) a medida en que se refuerzan principios como el de libertad de la prueba y del convencimiento del juez[184]. Así pues, esas reglas condicionan algunos aspectos del modo en que la verdad de los hechos es establecida en el proceso, pero esto no parece suficiente para distinguir sistemáticamente esa verdad de la que se obtiene fuera del proceso: hay seguramente una diferencia derivada de la regulación jurídica de las pruebas, pero esta diferencia no excluye *a priori* que también en el proceso se llegue a establecer, sobre los hechos, una verdad controlable según criterios lógicos y epistemológicos[185].

182. V., ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.1, 2.2, 2.3.
183. V., *supra*, en el apartado 2.3. Para la distinción entre el juez y el científico, que habitualmente es señalada por la concepción examinada v., *infra*, capítulo V, 1.1.
184. Sobre estos aspectos v., *infra*, capítulo V, 2.
185. Tomo este punto exactamente de Cavalla, *La prospettiva processuale*, cit., p. 66, donde se destaca que la presencia de normas jurídicas puede influir sobre las premisas de una descripción, pero no excluir en absoluto la posibilidad de que ésta sea verdadera en tanto que verificable.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que en este terreno cualquier generalización resulta especialmente peligrosa. Por un lado, debe subrayarse que la regulación legal de la prueba puede producir, en función de los casos, efectos muy distintos sobre la determinación de la verdad de los hechos. Es verdad que las normas de prueba legal en sentido estricto operan precisamente en el sentido de vincular al juez a una «verdad jurídica» tendencialmente distinta de la «verdad empírica» de los hechos, pero no todas las reglas jurídicas sobre la prueba son normas de este tipo (ya que también sobre ellas se manifiesta, con particular intensidad, la «decadencia» de la regulación legal de la prueba)[186]; hay también normas que tienden a favorecer la determinación de la verdad histórica de los hechos, previniendo errores o regulando procedimientos específicos de control sobre la veracidad de la prueba[187].

Por otra parte, es necesario tomar en consideración que históricamente han existido, y se dan aún en el panorama del derecho comparado, fuertes diferencias entre los distintos ordenamientos en cuanto a la amplitud y a la naturaleza de la regulación jurídica de las pruebas, de forma que resultaría muy superficial cualquier afirmación general sobre el impacto de esta regulación en la determinación de la verdad de los hechos. En efecto, han existido sistemas, y en parte los hay todavía, que en distintas medidas han tendido a «cerrar» la regulación legal de las pruebas, maximizando la «verdad jurídica», mientras que hay también sistemas que pretenden maximizar la obtención de la verdad «no-jurídica» de los hechos y en función de esto reducen la regulación legal de las pruebas hasta dejarla en un rol realmente residual[188].

Así pues, es fácil detectar que, en la región teórica constituida por la determinación de los hechos en el proceso, el área cubierta por normas jurídicas es variable en cada caso, pero no coincide con toda la región y, es más, tiende a circunscribirse a territorios reducidos. En las áreas no cubiertas por normas no se puede decir que operen criterios legales de verdad porque éstos operan únicamente donde hay normas de prueba legal en sentido propio; en esas áreas, entonces, operan criterios de verdad que no son distintos de los que valen en los procedimientos cognoscitivos que se sitúan fuera del proceso[189].

Obviamente, lo anterior no permite eliminar todas las diferencias entre la determinación de los hechos que se realiza en el proceso, y la verdad que se determina fuera del mismo; sin embargo, estas diferen-

186. V. más ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.3.
187. V., *infra*, capítulo V, 2.1 y 2.2.
188. V., *infra*, capítulo V, 2.
189. V., *infra*, capítulo V, 2.

cias se perciben como relativas, variables y, en todo caso, sin la entidad suficiente para fundamentar un concepto completamente autónomo de «verdad procesal».

Se llega así al segundo orden de consideraciones que vale la pena realizar. Esas consideraciones versan sobre la relación entre los límites específicos que derivan de las normas sobre las pruebas y, en general, de la regulación jurídica del proceso, y el «tipo de verdad» que se puede alcanzar en el mismo.

Parece absolutamente obvia la observación de que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas e inmutables sobre nada y que, por tanto, sólo tiene sentido hablar de verdades relativas[190]. No obstante, de ello no se deriva ninguna diferencia de fondo entre la verdad que se forma en el proceso y aquella que se forma fuera del mismo, ya que también esta última es irreduciblemente relativa (al menos mientras se piense en la verdad empírica de aserciones concernientes a sucesos materiales)[191].

De todos modos, resulta útil distinguir al menos dos sentidos en los que se puede decir que la verdad que se puede establecer en el proceso es relativa. En un primer sentido, esa verdad es relativa porque existen límites a los instrumentos cognoscitivos que se pueden emplear para determinarla[192]. Aun admitiendo que se pueda imaginar una verdad absoluta que se pudiera establecer siempre que se tuvieran medios cognoscitivos ilimitados, la verdad del proceso sería relativa porque los instrumentos cognoscitivos disponibles son limitados (por el tiempo, por las capacidades humanas y por normas jurídicas).

Se trata, sin embargo, de una forma de pensar absolutamente obvia, hasta el punto de carecer casi de sentido, dado que la situación de una verdad absoluta alcanzable mediante medios cognoscitivos ilimitados es totalmente imaginaria. Pero esto no vale sólo para la verdad que se establece en el proceso, sino que el mismo discurso puede hacerse, en esos mismos términos, para cualquier situación cognoscitiva que se produzca incluso fuera del proceso. Cualquier verdad es pues, en este sentido, relativa y no existen fuera del proceso verdades absolutas respecto de las que la verdad procesal sea, por definición, algo menor[193].

190. V. al respecto, más ampliamente, *infra*, capítulo III, 1.

191. Como ya se ha visto (en el apartado 2.3 de este capítulo), sólo habla de verdades absolutas quien quiere justificar la tesis de que, en la práctica, el proceso no puede establecer la verdad, pero ésta es una racionalización infundada de una postura ideológica.

192. En esos términos, éste es un lugar común muy difundido en las distintas literaturas: cf., por ejemplo, Chiarloni, *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, pp. 504 ss., 508 ss.; Eberle, *op. cit.*, pp. 69 s.; Ogorek y Simon, *Recht und Rechtsverwirklichung*, en *Einführung in das Recht*, cit., pp. 237 ss.; Leipold, *Wirksamer Ehrenschutz durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen*, en *Z.Z.P.* 84, 1971, pp. 150 ss.; Weinstein, *op. cit.*, pp. 229 ss.; Korn, *op. cit.* V. además, *infra*, capítulo III, 1.

Existen, en cambio, sólo verdades relativas, dentro y fuera del proceso, porque cualquier situación cognoscitiva está de algún modo caracterizada por los límites que afectan a los medios que pueden ser empleados para establecer la verdad. Esto no significa que esas verdades sean iguales e intercambiables: son, en cambio, distintas por varias razones, especialmente por el hecho de que en las distintas situaciones varían los límites relativos a los medios cognoscitivos disponibles. Esas variaciones pueden producirse, como ya se ha mencionado, también dentro del proceso en función de las diferencias entre modelos procesales distintos y pueden surgir en la relación entre un sistema procesal (o todos los sistemas procesales) y situaciones cognoscitivas extrañas al proceso. Debe quedar claro, no obstante, que se trata de variaciones *de grado* sobre una escala sustancialmente homogénea (en función de la mayor o menor disponibilidad de medios de conocimiento), no de diferencias cualitativas y absolutas.

El segundo sentido en el que puede hablarse de verdad relativa tiene que ver con la relatividad *respecto del contexto*[194], entendiendo por contexto no sólo los medios cognoscitivos disponibles, sino también el conjunto de las presuposiciones, de los conceptos, de las nociones, de las reglas, es decir, en una palabra, de los marcos de referencia[195] mediante los que se construyen versiones de los hechos. El contexto incluye también al lenguaje y, más específicamente, al «vocabulario» cultural que se adopta para formular los problemas y para determinar las soluciones[196].

También bajo este significado del término la verdad procesal es ciertamente relativa, dado que está determinada en función del marco de referencia constituido por el proceso y por las normas que lo regulan (en particular aquellas que se refieren a las pruebas y a la determi-

193. Un análisis crítico del relativismo total puede verse en Putnam, *Razón, verdad e historia*, cit., pp. 124 ss.

194. Cf., entre lo más reciente, Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, pp. 1 ss. Para un amplio análisis de la noción general de contexto, cf. Minow y Spelman, *In Context*, en *South Cal. L. R.* 63, 1990, pp. 1597 ss.; V. además, Putnam, *Justice in Context*, *ivi*, pp. 1797 ss.

195. Sobre este concepto, cf. Goodman, *op. cit.*, pp. 19 ss.

196. Sobre este concepto de «vocabulario», cf. Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit., pp. 25 ss.

nación de los hechos) y se sitúa, pues, inevitablemente dentro del «vocabulario» del proceso, es decir, del lenguaje y de la cultura típica de la administración de la justicia[197].

Es necesario, de todos modos, precisar algunos aspectos de esta «relatividad al contexto» de la verdad procesal. Por un lado, se trata de una característica que ciertamente no es típica únicamente del conocimiento de los hechos en el proceso: es más, este tipo de relativización afecta a todas las verdades, o a la verdad en general, siempre que se comparta la tesis según la cual en todo caso la verdad de algo se define en función del contexto en el que se sitúa y está determinada por éste[198]. Naturalmente, se presupone la posibilidad de una variación ilimitada de los contextos en los cuales se construyen versiones de la realidad[199] y la contingencia irreductible de esos contextos y de los «vocabularios» que los expresan[200]. Desde esta perspectiva pierde sentido, una vez más, cualquier distinción cualitativa entre verdad procesal y verdad extraprocesal: ambas son relativas a contextos, de forma que ninguna de las dos, ni siquiera la segunda, se puede definir como absoluta.

Por otro lado, del mismo modo que existen distintas versiones de la realidad y distintos vocabularios fuera del proceso, la misma variación se produce dentro del mismo. Como ya se ha dicho, existen distintos modelos de proceso que se distinguen, entre otras cosas, precisamente por estar caracterizados por estructuras normativas distintas acerca de las modalidades de determinación de los hechos[201]: en consecuencia, se producen distintas verdades (versiones distintas) de los hechos, en función de las respectivas diferencias estructurales; existen además «vocabularios» culturales diversos en la medida en que (como cualquier comparatista sabe) varían el lenguaje, los conceptos, las implicaciones ideológicas vinculadas a los distintos modelos de proceso

197. Para un análisis de los tipos de decisión que pone en evidencia el modelo «contextual» cf. Wells, *Situated Decisionmaking*, en *South Cal. L. R.* 63, 1990, pp. 1728 ss., 1734 ss.

198. Este punto está ya aceptado en la epistemología moderna, a pesar de que venga formulado en términos muy distintos en función de los distintos contextos en los que el problema se plantea. Al respecto, cf., en particular, Villa, *Truth and Acceptability*, cit., p. 365; Id., *La coerenza normativa*, cit., pp. 586 ss., 590 ss.; Id., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 24 ss., 46 ss.

199. Cf. Goodman, *op. cit.*, pp. 25 ss., 40 ss., 127 ss. y 149 ss. En el mismo sentido v., además, Varga, *The Fact and Its Approach in Philosophy and in Law*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, pp. 462 ss.

200. Cf. Rorty, *op. ult. cit.*, especialmente pp. 23 ss., 29 ss., 43 ss.

201. V., *infra*, capítulo V, 2.

en las diversas épocas históricas[202]. Parece, pues, absolutamente infundada la idea de que puede hablarse de una «verdad procesal» como de una noción que no varía al cambiar los respectivos sistemas procesales y que, al mismo tiempo, resulta irreductiblemente distinta de las verdades que se obtienen fuera del proceso.

Sin embargo, no es necesario pensar que de esta radical relativización del problema de la verdad procesal (como también de las otras verdades) se deriva necesariamente la disolución de la posibilidad de hablar sensatamente de determinación de la verdad de los hechos en el proceso.

Por un lado, en efecto, la constatación de la diversidad, variabilidad y contingencia de los distintos contextos no implica que todos ellos sean completa y absolutamente distintos unos de otros e impenetrables como las mónadas leibnizianas. Las versiones del mundo no se fabrican de la nada sino partiendo de otras versiones[203], y lo mismo sucede con los «vocabularios»[204]: puede haber, pues, interferencias, derivaciones, analogías y conexiones entre contextos distintos, con la consiguiente posibilidad de pensar en concepciones menos angostas y fragmentarias, aunque siempre relativas y contextualizadas, de la verdad de los hechos. Esto vale para distintos contextos procesales[205], pero también en la relación de posible analogía, o de coincidencia parcial, más o menos extendida, entre contextos procesales y no procesales. En esta dirección, es posible recuperar una noción de verdad procesal vinculada a las nociones extraprocesales de verdad, precisamente en función de la analogía o de la coincidencia parcial entre los respectivos contextos. Así, por ejemplo, se podrá hablar en el proceso de determinación de la «verdad empírica» de los hechos, alcanzada con los mismos medios cognoscitivos y argumentos racionales que valen para situaciones cognoscitivas extrañas al proceso, en la medida en que haya una identidad al menos parcial entre los respectivos marcos de referencia y entre los respectivos «vocabularios».

202. Probablemente, se pueden tener versiones distintas de un mismo hecho y, por tanto, en un cierto sentido, «verdades» distintas, en función de que el hecho sea determinado en un sistema en el que el hecho se decida mediante ordalías, en un sistema «cerrado» de pruebas legales, en un sistema que siga una versión irracional de la libre valoración del juez, en un sistema en el que las pruebas se valoren con parámetros de probabilidad estadística, etc. Las variaciones posibles aumentan si se toman en consideración otros factores como, por ejemplo, los poderes instructores del juez, las técnicas de formación de las pruebas, los sistemas de control sobre su aceptabilidad, las posibilidades de revisión del juicio sobre los hechos, etcétera.

203. Cf. Goodman, *op. cit.*, pp. 25 ss.

204. Cf. Rorty, *op. ult. cit.*, p. 27

205. Cf., por ejemplo, Wells, *op. cit.*, pp. 1738 ss.

Por otro lado, la estructura del proceso y la regulación jurídica de las pruebas y de la determinación de los hechos definen un contexto[206] que relativiza la verdad que en él se encuentra, pero esto no agota en absoluto el problema. En efecto, deberá plantearse cómo, *en ese contexto*, se presenta el problema de la determinación de los hechos. Podrá suceder, entonces, que en el específico contexto procesal existan reglas o elementos de estructura para los que la verdad de los hechos no sea un objetivo[207], pero podrá haber también contextos estructurados de forma que presenten la verdad de los hechos como un objetivo a alcanzar y que predispongan los elementos operativos idóneos para alcanzarlo.

En términos tomados de Rorty, pueden existir vocabularios procesales que no contengan la noción de verdad, o contengan una noción «formal» o «legal» de la misma, pero pueden existir otros que contengan nociones de verdad coincidentes con las que están presentes en vocabularios extraprocesales o directamente derivados de estos últimos[208]. En esos contextos, tiene sentido formular el problema de la verdad de los hechos según criterios no necesariamente vinculados al vocabulario legal.

Los llamados límites a la búsqueda de la verdad seguramente operan, pues, en el sentido de definir el contexto específico del proceso, identificando su peculiaridad distintiva precisamente en la presencia de

206. Esta forma de expresión es conscientemente reductiva por razones de simplicidad. En realidad, como ya se ha visto (v. nota 202 e *ivi* en el texto), la categoría «proceso», y también la más restringida «proceso civil», identifican una serie indeterminada de contextos distintos, en cada uno de los cuales el problema de la verdad de los hechos se plantea en términos diferentes.

207. V. en efecto, *supra*, apartados 2.2 y 2.3.

208. Cf. Wells, *op. cit.*, pp. 1731 ss., 1734 ss. También puede suceder que en algún contexto procesal, y en algún vocabulario cultural correspondiente, se afirme una regla que establezca la necesidad de establecer la verdad empírica de los hechos y se elabore un concepto de verdad empírica apto para ser usado como criterio de referencia. En ese caso, seguramente se podrá decir que esa regla y ese concepto no son absolutos, siendo necesariamente «internos» a ese contexto particular. Pero esto no significa que aquéllos sean radicalmente insensatos o inaceptables, dado que pueden ser perfectamente sensatos y aceptables *en el contexto* en cuestión. Putnam razona, en ese mismo sentido, en términos de «empirismo interno» (v. las referencias citadas en la nota 130). El mismo Putnam excluye, sin embargo, que la racionalidad pueda ser definida sólo por las «normas culturales locales» típicas de un contexto específico: v. Id., *Razón, verdad e historia*, cit., pp. 130 s.

Por otra parte, puede suceder también que en algún contexto procesal, y en el correspondiente vocabulario cultural, se excluya la posibilidad de determinar la verdad de los hechos, por ejemplo, porque es considerada imposible o inoportuna. Incluso en ese caso, seguramente se puede decir que esa exclusión no es de ningún modo fundamentada o evidente *de forma absoluta*, siendo a su vez inevitablemente «interna» a ese contexto.

reglas jurídicas que no existen en otros contextos[209]; esta peculiaridad «relativiza» la verdad procesal en la medida en que la vincula *también* a factores de carácter jurídico que pueden influenciar de distintas formas en la determinación de los hechos. Todo esto no excluye que también en el ámbito de un contexto particular fuertemente relativizado como éste se puedan alcanzar verdades valiosas.

Una vez más, el problema no se resuelve en abstracto conjeturando simplemente un contexto procesal caracterizado por la presencia de normas y concibiéndolo como «limitado» respecto a otras situaciones cognoscitivas «ilimitadas». La relatividad y la contingencia de los contextos en los que se plantea el problema de la verdad de los hechos son mucho mayores de cuanto se piensa a menudo y no se requiere un gran esfuerzo para darse cuenta de ello. Pero no disuelve el problema de la verdad en el proceso ni lo recluye en la dimensión «jurídica» de la determinación de los hechos. Al contrario, precisamente la variabilidad de los contextos y, en particular, la de los contextos procesales permite reformular el problema en términos positivos y muy concretos.

En resumen: la regulación legal del proceso y de las pruebas no es de por sí un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso, supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que es establecida. Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidad o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud y de la incidencia de los límites que imponen las normas de un determinado ordenamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos. En consecuencia, puede suceder que las normas de un ordenamiento procesal operen en el sentido de precluir absolutamente o en gran medida el descubrimiento de una verdad aceptable según criterios epistemológicos válidos en un contexto más amplio, del mismo modo que puede suceder que esa preclusión no derive de las normas destinadas al efecto sino de ideas, ideologías o prejuicios que también «entran en el contexto» y condicionan el resultado del proceso. Sin embargo, puede también darse la hipótesis contraria, es decir, que a pesar de la presencia de normas, o incluso gracias a ellas, el proceso se oriente hacia el descubrimiento de una verdad aceptable en la medida en que

209. Para un análisis sistemático de este aspecto cf. Wroblewski, *The Problem of the So-Called Judicial Truth*, cit., pp. 196 ss.

se funde en criterios racionales y controlables. También éste, si se quiere, es un elemento del contexto en el que se plantea el problema de la verdad procesal: no obstante, se trata de un contexto distinto y mejor.

5. *Teorías de la verdad y funciones de la prueba*.–Las distintas concepciones que existen acerca del problema de la determinación de la verdad en el proceso no pueden dejar de incidir en la forma de entender la prueba. Por una parte, en efecto, algunas de ellas implican que se ponga en discusión la relación de medio a fin que usualmente se identifica en la conexión entre prueba y verdad judicial; por otra parte, incluso cuando no se rechaza esa relación, las redefiniciones del fin —es decir, de la verdad judicial— tienen inevitables efectos sobre la forma de entender el medio, esto es, la prueba[210].

Esta especie de *feed-back* por el que las concepciones de la verdad judicial inciden sobre las concepciones de la prueba no puede ser estudiado de forma analítica por ninguna de las teorías que han sido examinadas anteriormente: como ya se ha visto, muchas de ellas se sitúan en un plano epistemológico muy general y sólo algunas veces y de forma mediata tienen consecuencias explícitas sobre los problemas de la verdad judicial y de la prueba; no por casualidad, además, el objeto de análisis principal es la verdad y el tema de la prueba se mantiene entre paréntesis. Sin embargo, es posible identificar algunas posiciones relativas a las concepciones de la prueba que resultan coherentes con las distintas teorías en materia de verdad judicial; el hecho de que esas posiciones sean a veces implícitas, en todo o en parte, no impide definirlas de forma aceptable.

a) Una primera y muy importante posición consiste en sostener que la prueba es una especie de *nonsense* o algo que en realidad no existe o que, en todo caso, no es digno de ser tomado en consideración. El jurista acostumbrado a sostener que la prueba es el medio para determinar los hechos del proceso puede sorprenderse de una afirmación como ésa, pero es fácil entender que no es absurda en absoluto.

Por un lado, la prueba es vista como un *nonsense* en todas las concepciones para las que es epistemológica, ideológica o prácticamente imposible pensar que la verdad de los hechos es realmente establecida en el proceso de un modo racional. Sin necesidad de reproducir de nuevo aquí la panorámica trazada anteriormente, baste considerar, por ejemplo, que si se acoge una concepción irracionalista de la decisión judicial resulta imposible atribuir cualquier significado a la prueba de los hechos; lo mismo sucede en el ámbito de las ideologías para las que

210. V. los apartados 2.1, 2.2 y 2.3.

el proceso no puede y no debe orientarse hacia la determinación de la verdad o de las concepciones para las que el proceso no es idóneo prácticamente para alcanzar ese resultado. Si se toman también en consideración las teorías que sostienen que la verdad de los hechos es en todo caso irrelevante[211], se entiende fácilmente que el fenómeno de la prueba pueda resultar prescindible en cuanto que carente de importancia específica.

En el ámbito de esas teorías surge algunas veces la idea de que las pruebas y, en particular, los procedimientos para su formación o adquisición, pueden desarrollar una función *ritual* en el ámbito de la función social más general que el proceso desarrolla[212]. En resumen: las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la *cross-examination*) constituirían ritos, análogos a las representaciones sacras medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema procesal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene razón[213]. Así, las pruebas y sus respectivos procedimientos serían medios, pero no orientados hacia fines racionales internos al proceso como *machinery* dirigida a producir decisiones de alguna forma valiosas; las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a una suerte de mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales.

En ese sentido, las pruebas servirían para *hacer creer* que el proceso determina la verdad de los hechos, porque es útil que los ciudadanos lo piensen, aunque en realidad esto no suceda y quizás precisamente porque en realidad eso no sucede[214].

De este modo la prueba recupera una función, que no es, sin embargo, aquella en la que normalmente se piensa; como fenómeno jurídico interno al proceso y vinculado con los objetivos institucionales del mismo, la prueba sigue siendo un *nonsense*.

b) Una concepción distinta de la prueba surge de una forma bas-

211. V., *supra*, en el apartado 3.

212. Cf., por ejemplo, Lachmayer, *Rituel et Rhétorique de la Preuve Juridique*, en *Int. J. Sem. Law* 1, 1988, pp. 275 ss.

213. Cf. Ball, *The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater*, en *Stanf. L. R.* 28, 1975, pp. 81 ss.; Doret, *Trial by Videotape. Can Justice Be Seen To Be Done?*, en *Temple L. Q.* 47, 1974, pp. 256 ss.; Arnold, *The Criminal Trial as a Symbol of Public Morality*, en Kamisar, Inbau y Arnold, *Criminal Justice in Our Time*, Charlottesville, 1965, p. 143.

214. Sobre estos fenómenos v., más amplimente, Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 294 ss.

tante clara en el ámbito de las concepciones «semióticas» o «narrativistas» del proceso. La premisa fundamental es que el proceso es una situación en la que se desarrollan diálogos y se narran *stories*; los diálogos y las narraciones tienen que ver también con los hechos, pero no interesa cuál sea esa relación más que desde el punto de vista de las estructuras semióticas y lingüísticas. Sólo se considera relevante la dimensión lingüística y narrativa del proceso, mientras que la eventual relación entre narración y realidad empírica no se considera relevante (o posible). Los hechos surgen en el proceso únicamente en forma de narraciones y son sólo apreciados como puntos o partes de narraciones; no son conocidos ni determinados como verdaderos[215].

Desde una perspectiva de este tipo, también las pruebas son tomadas en consideración únicamente en su dimensión lingüística, dialógica y narrativa. La narración de un testigo vale únicamente como narración y no en la medida en que ofrezca elementos de conocimiento sobre los hechos[216]. De un modo análogo, la asunción de las pruebas en la forma del *trial* es analizada como una situación compleja de diálogo en la que tienen importancia esencialmente las formas en las que las narraciones son preparadas, desarrolladas y manipuladas, mientras que quedan «fuera del campo» los aspectos que podrían referirse, por ejemplo, al control de veracidad de las narraciones presentadas por los testigos[217].

Cada prueba, que es tomada en consideración exclusivamente como *story* o como un «pedazo de narración» relativa a los hechos, se inserta en la dimensión lingüística y semiótica del proceso como una de tantas ocurrencias del diálogo a varias voces que en aquél se desarrolla[218], resultando claro que la del «lenguaje de las narraciones» es la única dimensión relevante y que en ella todos los «pedazos de diálogo» se sitúan —por decirlo así— uno al lado del otro en el mismo nivel.

Sin embargo, los abogados de las partes tienen una razón para emplear las pruebas: éstas pueden resultar útiles para apoyar la *story of the case* que cada abogado propone al juez. La estructura fundamental del diálogo procesal, en sus términos más elementales, se sitúa

215. Sobre estos aspectos y sus referencias bibliográficas, v., *supra*, apartados 2.1 y 3.

216. Cf., en especial, Jackson, *Narrative Models*, cit., pp. 228 ss., 233 ss.; Danet, *Language in the Legal Process*, en *Law & Soc. R.* 14, 1980, pp. 445 ss.

217. Cf. Jackson, *op. ult. cit.*, p. 232; Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 32 ss., 93 ss., 116 ss.

218. Para el concepto semiótico de diálogo y para sus aplicaciones en el análisis del proceso, cf. Kevelson, *The Law as a System of Signs*, cit., pp. 70 ss.; Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 33 ss., 85 ss.; Id., *Narrative Models*, cit., pp. 233 ss.

en el hecho de que cada abogado presenta una narración distinta del *case* y que al final el juez o el jurado pronuncian las últimas palabras del diálogo con una decisión que asume una u otra narración[219]. Dado que desde este análisis se excluye cualquier referencia a la veracidad de las narraciones de los hechos, no es fácil asignar una función específica a la prueba, más allá de la constatación banal de que en el contexto lingüístico del proceso algunas de sus ocurrencias están constituidas por lo que los juristas normalmente denominan «elementos de prueba».

En las versiones que toman en mayor consideración lo que ocurre en el proceso surge, sin embargo, una tendencia a sostener que las pruebas sirven, siempre en el contexto «narrativo» del proceso, para apoyar una u otra narración[220]. No está muy claro de qué forma un pedazo de narración puede servir de soporte de otro pedazo de narración que se sitúa en el mismo nivel, pero se sostiene que la prueba sirve para apoyar la *story* narrada por uno u otro abogado. Así, no se excluye que las pruebas influencien en la elección de la *story* que se asume en la decisión, aunque no resulta claro en absoluto de qué forma se realiza esa elección y cuál es el rol específico que en ella desarrollan las pruebas[221].

A pesar de estas relevantes incertidumbres, se perfila una concepción genéricamente «persuasiva» de la prueba, que la caracteriza como un «pedazo de diálogo» que se combina y se une a la narración de una de las partes y que de alguna forma ejerce su influencia sobre la decisión final.

Esta función persuasiva no se define en términos precisos y surge aquí y allá en algunas de las versiones narrativistas del problema del juicio[222].

Por otra parte, esa función es un destino obligado para todas las concepciones del proceso y del juicio sobre los hechos que tienden a reducir de forma exclusiva estos fenómenos a la dimensión lingüística o, en todo caso, tienden a tomar en consideración únicamente esta dimensión. Se entiende fácilmente, en efecto, que si se excluye del proceso cualquier función cognoscitiva y se considera imposible o, en todo caso, irrelevante cualquier determinación de los hechos en términos de verdad/falsedad, no queda otra posibilidad que identificar alguna fun-

219. De esta perspectiva v., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss., 154 ss. Para un amplio análisis crítico cf. Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 219 ss.

220. Cf. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 132 ss., 144.

221. V., una vez más, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 171 ss.

222. Cf. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, cit., pp. 7 ss., 35 ss.; Id., *Narrative Models*, cit., p. 233.

ción de la prueba desde la dimensión lingüística si no se quiere caer en la tesis que sostiene que la prueba no es más que un *nonsense*.

En la dimensión dialógico-narrativista la única función que puede ser asignada a la prueba es la de acreditar la narración desarrollada por uno de los personajes del diálogo, haciéndola idónea para ser «asumida como propia» por otro personaje, esto es, el juez.

En esa dirección, las teorías semiótico-narrativistas acaban adoptando (aunque a menudo sus seguidores no se dan cuenta de ello) un punto de vista sustancialmente análogo al de la concepción retórico-persuasiva de la prueba, varias veces recurrente en la cultura jurídica europea. Esto no hace más sólida y más aceptable la concepción, que es, por muchas razones, criticable en sí misma[223]. La analogía confirma, más bien, que la reducción del problema de la prueba a la dimensión «discursiva» lleva el análisis a un callejón sin salida, en el que la función meramente persuasiva de la prueba resulta la única alternativa posible a la radical disolución o negación del fenómeno.

c) La perspectiva cambia completamente si se asume el punto de vista de las concepciones que admiten la posibilidad de determinar la verdad de los hechos en el ámbito del proceso[224]. Aunque sólo se puedan considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial, su propia posibilidad teórica y práctica constituye la premisa para una definición de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos.

La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede, y por tanto, por las razones examinadas anteriormente, debe, basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa[225]. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término «prueba» se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como «verdadera»[226]. Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba.

En realidad, esta recuperación puede realizarse de muy distintas formas, no todas ellas aceptables, dado que pueden ser muchas las aproximaciones «positivas» al problema de la verdad judicial; y cada una de ellas puede comportar consecuencias distintas en la forma de entender la prueba. Así, por ejemplo, la teoría marxista-leninista de la verdad material implica la idea de que la prueba es un medio objetivo para el conocimiento directo de la realidad[227]. En términos no muy distintos, el realismo ingenuo tan difundido en el sentido común (también en el de los juristas) lleva a configurar la prueba como una suerte de medio para el conocimiento directo y objetivo del hecho empírico.

En cambio, los términos del problema cambian sensiblemente y resultan mucho más complejos si se parte de concepciones más sofisticadas de la verdad judicial y de los procedimientos racionales necesarios para establecerla. Así, por ejemplo, las versiones críticas del realismo no excluyen que se pueda hablar de algún modo de verdad empírica de los hechos[228], pero ya la propia noción de hecho resulta muy problemática y la prueba se configura como una técnica racional de confirmación de hipótesis que presentan complejas y variables relaciones de aproximación con la realidad empírica. Desde esta perspectiva, las versiones «contextualizadas» de la verdad judicial muestran cómo también la prueba está vinculada al contexto y es, por tanto, un fenómeno sujeto a numerosas y relevantes variaciones en los distintos contextos (o modelos) procesales[229].

Estas perspectivas, y otras que podrían situarse en el mismo ámbito, son variantes —ligadas a la diversidad de las aproximaciones culturales generales y, en particular, a la diversidad de aproximaciones epistemológicas— respecto a un *leitmotiv* que puede considerarse constante: la idea de que, supuesta la posibilidad de alcanzar la verdad judicial (definida de algún modo), la prueba es el instrumento procesal que sirve para alcanzar ese resultado. Es, pues, teóricamente posible tener distintas concepciones de la prueba o constatar que ésta asume configuraciones variables en los distintos sistemas procesales, del mismo modo que es posible elaborar versiones distintas del concepto de verdad judicial, también en función de la variación de los sistemas procesales y de las opciones epistemológicas.

Estas posibilidades se manifiestan, en todo caso, en un marco comprensivo definido por la función instrumental de la prueba respecto de la determinación de la verdad de los hechos.

Parece también evidente que este esquema es el único capaz de dar un sentido positivo y no evanescente al concepto general de prueba

223. V., al respecto, *infra*, capítulo V, 1.4.
224. V., *supra*, apartado 4.
225. V., *supra*, apartado 4.
226. Para un análisis de los elementos que se sintetizan en el término «prueba» v., *infra*, capítulo VI.

227. V., *supra*, en el apartado 4.1.
228. V. también, *supra*, en el apartado 4.1.
229. V., *supra*, en el apartado 4.3.

como un instrumento dotado de una función específica en el ámbito del proceso. Por lo menos, ese esquema constituye la única perspectiva de análisis en la que el fenómeno de la prueba no es inmediatamente disuelto o situado en un callejón sin salida en el que todo se reduce a una indeterminada persuasión.

Además, debe subrayarse que sólo en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella[230]. En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera.

Así pues, hay buenas razones para no adherirse a la tesis que sostiene que la prueba es un *nonsense* o, como mucho, un engaño ritual ni a la tesis que sostiene que es una ocurrencia en la narración dialógica del proceso, que no carece a veces de algún efecto retórico. En realidad, puede reconocerse que estas tesis captan algún aspecto que por un lado u otro aflora en el complejo fenómeno de la prueba en los distintos ordenamientos y en los diferentes momentos históricos. Así, por ejemplo, se puede acordar que la prueba no tiene ningún sentido cuando la decisión se toma de forma absolutamente irracional o que sirve sólo para lanzar humo a los ojos de la opinión pública cuando un proceso que privilegia el derecho a la victoria del más fuerte tiene necesidad de legitimarse presentándose como paritario, democrático y garantista. Del mismo modo, no se puede negar que en el proceso hay situaciones semióticas analizables como tales con resultados que no carecen de interés y es necesario reconocer que, en la praxis judicial, los abogados tienden a menudo a usar las pruebas (y sus respectivos procedimientos) como instrumentos retóricos con los que pretenden persuadir más que como instrumentos cognoscitivos que constituyan la base de una decisión racional sobre la verdad de los hechos.

Sin embargo, ninguno de estos aspectos permite ser generalizado más allá de puntos de vista metodológicos o de contextos histórico-políticos muy concretos; en el mejor de los casos, identifican manifes-

230. V. el apartado 4.2.

taciones de la praxis judicial que pueden ser interesantes pero que corresponden a deformaciones de los mecanismos procesales o a usos instrumentales de esos mecanismos. Es útil, por tanto, tomar en cuenta todas esas cosas, pero ninguna de ellas parece que pueda fundamentar una definición satisfactoria y comprensiva del fenómeno probatorio. Se trata siempre de aspectos particulares, no de definiciones de la prueba que puedan asumirse como generales y exhaustivas.

Ni siquiera la definición de la prueba como instrumento para buscar y establecer la verdad de los hechos en el proceso constituye por sí misma una verdadera y propia teoría completa de la prueba. Es más, en ciertos aspectos esa definición provoca más problemas de los que resuelve, de forma que quien adopta esta definición y no se conforma con la versión *naïve* mencionada al inicio se ve forzado a proseguir la investigación más que a cerrarla. Sin embargo, precisamente en esto se encuentra la ventaja de esta definición respecto a las demás que han sido hasta aquí examinadas.

Capítulo II

EL HECHO

Sumario: 1. El hecho como objeto de prueba.–2. La individualización del hecho.–2.1. La relevancia jurídica.–2.2. La identificación normativa.–2.3. Hechos y enunciados sobre hechos.–2.4. Hechos principales y hechos secundarios.–3. La identificación valorativa del hecho.–4. La identificación negativa del hecho.–5. Algunos tipos de hecho.–5.1. El hecho complejo.–5.2. El hecho colectivo.–5.3. El hecho psíquico.

1. *El hecho como objeto de prueba*.–La noción habitual de prueba de la que se ha partido[1] se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso.

Ya en sus términos más genéricos, esta idea sirve para trazar algunas distinciones que no carecen de importancia en el complicado contexto del proceso: así, por ejemplo, sirve para delimitar el ámbito de lo que puede constituir objeto de actividad probatoria, ya que excluye, salvo pocas excepciones, que las pruebas puedan versar sobre normas jurídicas[2], dado que aquéllas tienen como objeto y finalidad a los he-

1. V., *supra*, capítulo I, 1.
2. Sobre este punto, v., en general, también para referencias biliográficas, Verde, *Prova. B) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 623 ss.; Patti, *Prove. Disposizioni generali*, en *Commentario del codice civile*, ed. por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1987, pp. 59 ss.

chos. Así, la prueba también sirve para establecer los límites de los conocimientos «propios» que el juez puede introducir en el proceso y utilizar a los efectos de la decisión, dando por supuesto que no puede usar su propia «ciencia privada» sobre los hechos que deben ser probados en juicio[3], mientras que el principio *iura novit curia* afecta únicamente a la identificación de la norma aplicable para la decisión[4].

Sin embargo, el hecho de que la idea en cuestión sea algunas veces útil no demuestra que esté exenta de dudas y problemas; al contrario, es discutible y discutida y, por otra parte, como se verá, está dotada sólo de una fuerza alusiva. Únicamente un análisis profundo puede mostrar cuáles son los límites y las condiciones en los que puede decirse que la prueba versa sobre los hechos y pretende establecer su existencia.

Al respecto, un primer tipo de problemas surge en la medida en que el proceso constituye un contexto «jurídico», regulado por normas, que además afectan de una forma que no puede obviarse, precisamente, a las modalidades de prueba de los hechos[5]. Además, en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto[6].

3. Sobre la prohibición de recurrir a la «ciencia privada» del juez, que se sostiene que está enunciada en el artículo 115 cod. proc. civ. it., v., en la literatura reciente, Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ahora en Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 292, 297 s., 311 s, 322. Sobre los momentos importantes de la evolución histórica del problema, v. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967. El texto clásico sobre este tema sigue siendo, en todo caso, Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893 [tr. cast., *El conocimiento privado del juez*, a cargo de A. de la Oliva, Madrid, 1990].

4. Sobre este punto v., en particular, Grasso, *Dei poteri del giudice*, en *Commentario del Codice di Procedura Civile*, dirigido por E. Allorio, I, 2, Torino, 1972, pp. 1282 ss.; Micheli, *«Jura novit curia»*, en *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 575 ss.; Sapienza, *Il principio «iura novit curia» ed il problema della prova delle leggi straniere*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 41 ss.; Punzi, *Jura novit curia*, Milano, 1965; Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario breve al cod. proc. civ.*, Padova, ²1988, pp. 198 s.

5. Cf., en particular, Varga, *On Judicial Ascertainment of Facts*, en *Ratio Juris*, 1991, p. 62, y ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.

6. Cf. Varga, *op. cit.*, pp. 63 s.; Id., *The Non-cognitive Character of the Judicial Establishment of Facts*, ponencia presentada en el 15 World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Göttingen, 18-24 de agosto, 1991, pp. 1 ss. (del manuscrito). V., además, capítulo I, 2.2 y 4.2.

Siendo así, se intuye fácilmente que no se puede hablar del «hecho» separándolo completamente del «derecho» u olvidando sus implicaciones jurídicas. Con esto no se pretende hacer referencia aquí a toda la problemática tradicional, en muchos aspectos agotada, de las «relaciones entre el hecho y el derecho»[7]. Esa problemática surgía a menudo a partir de errores metodológicos[8] y no tomaba en cuenta las peculiaridades de los distintos ordenamientos, buscando definiciones absolutas donde era necesario, en cambio, tomar en consideración situaciones muy diversas[9]; además, abordaba numerosas cuestiones no vinculadas con el problema de la prueba en el proceso[10]. Sin embargo, es necesario tener presente un factor importante: en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específi-

7. Cf., para una panorámica al respecto, los ensayos recogidos en el volumen *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles, 1961. V. también en la literatura más reciente, que no obstante no parece haber introducido perspectivas sustancialmente nuevas, J. Jackson, *Questions of Fact and Questions of Law*, en *Facts in Law*, ed. por W. Twining, *ARSP*, Beiheft 16, Wiesbaden, 1983, pp. 85 ss.; White, *Fact in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 11 ss.; Troper, *The Fact and the Law*, *ivi*, pp. 22 ss.; Rigaux, *The Concept of Fact in Legal Science*, *ivi*, pp. 38 ss. Entre lo más reciente cf. Mazzarese, *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulygin's view*, en *Cognition and Interpretation of Law*, ed. por L. Gianformaggio y S. Paulson, Torino, 1995, pp. 158 ss.

8. Los errores de la perspectiva tradicional derivan esencialmente de no emplear nociones precisas de lo que se entiende por «hecho» y por «derecho». La consecuencia de ello es que a menudo los respectivos discursos son genéricos, ambiguos y vacuos. Ejemplos de este tipo pueden verse en Dekkers, *Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent*, en *Le fait et le droit*, cit., pp. 7 ss.; Hallemans, *Le juge devant la distinction du fait et du droit*, *ivi*, pp. 70 ss.; Bayart, *La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat*, *ivi*, pp. 89 ss.

9. Así, por ejemplo, habitualmente no se toma en cuenta que la distinción *law/fact* en los ordenamientos del *common law* no opera en absoluto sobre una pretendida naturaleza intrínsica de algo, sino sobre la distinción de las atribuciones del juez y del jurado: v., por ejemplo, Friedenthal, Kane y Miller, *Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, pp. 476 ss.; Wilson, *op. cit.*, y en particular Weiner, *The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, en *Calif. L. R.* 54, 1966, pp. 1867 ss.; Id., *The Civil Non-Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, *ivi*, 55, 1968, pp. 1020 ss. En la literatura italiana, cf. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 114 ss.

10. En realidad, la distinción era formulada principalmente con la finalidad de definir el ámbito de los poderes de la Casación y del *Conseil d'État*: v., por ejemplo, los artículos de Foriers, Ascarelli, Rivero, Buch y Roland en *Le fait et le droit*, cit., pp. 51 ss., 113 ss., 149 ss., 175 ss.; también Rigaux, *op. cit.*, y Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Paris, 1929.

ca. Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye «el hecho»[11].

Esto no implica ni permite confusiones entre hecho y derecho, ni mucho menos autoriza a quitarle autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia[12]. Está claro, sin embargo, que en un contexto como el que aquí se toma en cuenta, la noción de «hecho» no es elemental e intuitiva en absoluto y que es problemática su conexión con la dimensión jurídica de la controversia y de la decisión. Así pues, no es necesario discutir en términos generales la distinción hecho/derecho[13] sino que hay que tomar en consideración las distintas modalidades con las que el hecho, destinado a constituir el objeto y la finalidad de la prueba, es identificado a través de las normas aplicables al caso específico. Se trata, en fin, de entender correctamente en qué consiste la denominada «calificación jurídica del hecho» y de qué forma condiciona la identificación del hecho del que es necesario determinar la verdad[14].

Un segundo orden de problemas surge en la medida en que, en realidad, no existe una noción de «hecho» elemental y aceptable que pueda asumirse sin discusión como punto de partida. Aunque hagamos abstracción momentáneamente del problema de la calificación jurídica, basta atender a la extrema variabilidad e indeterminación de los fenómenos del mundo real para percibir fácilmente que resulta muy difícil definir de un modo no superficial qué se entiende por «hecho»[15]. Por otra parte, el problema de la calificación jurídica de los hechos no puede ser obviado por mucho tiempo, ya que es precisamente la dimensión jurídica del «hecho de la causa» la que permite identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad. Del problema de la definición del «hecho» resulta, así, rápidamente el problema de las modalidades con las que las normas jurídicas seleccionan y determinan los hechos idóneos para

11. El «hecho», por tanto, no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. En el proceso es «hecho» lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia. Cf. Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 61; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss.; Id., *The Mental Transformation of Fact into Case*, en *ARSP* LXXVII, 1991, pp. 60 s. V. también, *infra*, apartados 2.1 y 2.2.

12. No faltan tendencias de este tipo, en las que se pierden las características específicas del «hecho» y de su respectivo juicio. V., por ejemplo, Nasi, *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 967 ss. y consideraciones críticas en Taruffo, *Note in tema di giudizio di fatto*, en *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 33 ss.

13. V. referencias, *supra*, en las notas 8, 9 y 10.

14. V., *infra*, apartado 2.2.

15. V., *infra*, apartado 2.1.

producir consecuencias jurídicas. Pero sería ilusorio pensar que de este modo el problema se simplifica; al contrario, son muchas y distintas las formas en que las normas configuran sus propias premisas de hecho, de forma que no hay nada más discutible y confundente que la idea de que puede haber una definición simple y unitaria de lo que constituye un «hecho» en el ámbito del proceso. En consecuencia, no puede haber una definición simple y unitaria de lo que representa el objeto de la prueba. «Hecho», en cuanto «objeto de prueba» es, en cambio, una noción muy variable y problemática, que requiere al menos algún intento de análisis ulterior.

2. *La individualización del hecho*.–Quien se planteara en términos generales el problema de definir lo que constituye un «hecho» se encontraría frente a un problema muy complejo. Puestos a identificar de forma genérica y aproximada la situación o la «porción de experiencia» que nos ocupa, el problema surge cuando se pretende definir analíticamente esta situación y el «hecho» o los «hechos» que la componen. En efecto, ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el «hecho» y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito *completamente* por una serie, incluso extensa, de proposiciones.

Resulta intuitivo, en efecto, que cualquier situación fáctica puede ser sometida a un proceso de descomposición[16] en dos direcciones: cualitativa y cuantitativa. Se está ante una descomposición cualitativa cuando se individualizan aspectos distintos de la situación en cuestión: así, por ejemplo, describiendo un accidente de circulación se pueden distinguir sucesivamente diversos «pedazos» de la situación: el tipo de coche, la velocidad, la marca, el color, la altura del conductor, el color de su corbata, etc. No es necesario destacar que esta descomposición o multiplicación aumenta si se toman en consideración más puntos de vista, es decir, descripciones de la misma situación de hecho ofrecidas por sujetos distintos o desde perspectivas diversas[17]. Por descomposi-

16. Sobre esta descomposición, cf., en general, Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico degli oggetti nella fisica moderna*, en *Livelli di realtà*, a cargo de M. Piattelli Palmarini, Milano, ²1987, pp. 296 ss.; análogamente, Id., *Le cose e i loro nomi*, Bari, 1986, p. 21. Sobre el problema de los niveles de realidad y de sus respectivas consecuencias en términos de metodología del conocimiento v. también Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 35 ss.

17. Es lo que los científicos denominan *rototraslación* para indicar la serie de operaciones mediante las que el mismo objeto es observado desde distintos puntos de vista: cf. Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico*, cit., p. 299; Id., *Le cose e i loro nomi*, cit., pp. 27 s. También fuera del contexto científico se reconoce habitualmente la posibilidad

ción cuantitativa se puede entender el procedimiento mediante el que, dada una cierta circunstancia, ésta es analizada en detalles cada vez más precisos: así, por ejemplo, la dinámica de un automóvil puede descomponerse pensando únicamente en el funcionamiento del motor, después en el de cada pieza de aquél, después en su composición, más tarde en su estructura molecular, y así sucesivamente, profundizando cada vez más en el nivel de análisis de aquella circunstancia[18].

Es suficiente imaginar la aplicación conjunta de estos dos procedimientos, y observar que no tienen límite teórico alguno, para darse cuenta de que no existe y no es conjeturable ninguna descripción adecuada en abstracto de la situación de hecho y, ni siquiera, de las circunstancias concretas que la componen; en cambio, es conjeturable un número infinito de proposiciones descriptivas, todas ellas susceptibles de ser referidas sensatamente a esa situación[19]. La idea de sentido común según la cual de todo hecho existe *una* descripción «objetiva» y apropiada parece, pues, evidentemente inaceptable, no sobre la base de aproximaciones subjetivistas, sino porque los niveles de análisis de la misma situación pueden ser muy distintos (en teoría: ilimitadamente).

Sobre esta base teórica se sitúa la praxis, en la que según las circunstancias y las necesidades se usan descripciones dotadas de niveles de precisión extremadamente distintos y, a menudo, de forma que no pueden ser ni siquiera comparados entre sí[20]. Algunas veces, por ejemplo, se considera suficiente establecer de forma aproximada la velocidad de un vehículo, mientras que otras se nos sitúa al nivel del análisis del código genético de un individuo; algunas veces es suficiente establecer que ese vehículo es un automóvil, mientras que otras es necesario el análisis químico-físico de los materiales. Como es obvio, los ejemplos podrían ser muchísimos y no hace falta ofrecer otros más para subrayar que una variable importantísima es, precisamente, el grado de precisión que se emplea en la determinación de un hecho. Habitualmente este grado de precisión no es identificado aleatoriamente, sino en función de lo que se sostiene necesario y/o suficiente en la situación concreta en la que se discute acerca de ese hecho[21].

En otros términos, el carácter teóricamente infinito de las posibles descripciones y el problema conexo del nivel de descripción adecuado del hecho se resuelven sobre la base de elecciones dictadas por el contexto práctico en el que se sitúa la necesidad de describir ese hecho. De ello se deriva que la solución concreta puede ser distinta, aun cuando se trate de la misma situación, en función de contextos distintos que requieran la individualización de distintas «secciones de la realidad» o distintos niveles de precisión[22].

Si estas consideraciones se trasladan al ámbito de la definición del hecho como objeto de la prueba en juicio, tienen implicaciones importantes.

Ante todo, no existe descripción alguna del hecho que pueda considerarse adecuada *a priori*; al contrario, son posibles distintas descripciones de la misma situación y de los múltiples aspectos en los que puede ser descompuesta[23]. El problema es, entonces, comprender cómo puede ser identificado el «hecho» que constituye el objeto de la prueba, en función del contexto que determina la descripción (el tipo de descripción) apropiada de ese hecho.

En el ámbito del proceso, el contexto en función del cual se determina cuál es la descripción apropiada del hecho y, por tanto, cómo se define el objeto de la prueba, es el de la decisión. La hipótesis que se asume aquí es, en efecto, que la determinación del hecho se sitúa en el interior de la decisión judicial y que la prueba está dirigida a la determinación del hecho[24]. De esta hipótesis se deriva que el objeto apro-

de que se puedan dar distintas versiones, en número teóricamente ilimitado, de los mismos hechos y que todas esas versiones, o algunas de ellas, tengan pretensiones de verdad: v. al respecto Goodman, *Maneras de hacer mundos*, tr. cast. a cargo de C. Thiebaut, Madrid, 1990, pp. 130 ss. y 150 ss. Cf. además Varga, *The Fact and Its Approach in Philosophy and in Law*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, p. 364; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 61, 62 s.

18. Obviamente, también esta descomposición puede ser el resultado de la observación realizada por sujetos distintos, cada uno de los cuales capta el objeto a niveles diferentes. Se trata de una de las «maneras de fabricar mundos» de las que habla Goodman, *op. cit.*, pp. 25 ss.

19. Por razones de simplicidad se omite el análisis del problema de la reconducibilidad de distintas descripciones al mismo objeto (v. al respecto Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico*, cit., pp. 298 ss.). En todo caso, ese problema sólo puede encauzarse hacia una solución en el marco de opciones epistemológicas generalísimas o de aproximaciones metafísicas. Goodman advierte, en efecto, que frente a este problema el monista piensa en distintas versiones del mismo hecho, mientras que el pluralista piensa en hechos o en mundos distintos (*op. cit.*, pp. 132 ss.).

20. Sobre el problema de los niveles de precisión en el análisis de la realidad, cf. Toraldo di Francia, *Le cose e i loro nomi*, cit., pp. 62 ss., 117 ss., 204.

21. Sobre la naturaleza convencional de la elección del nivel de precisión cf., una vez más, Toraldo di Francia, *op. ult. cit.*, p. 63.

22. Hay que destacar que en las distintas situaciones concretas operan también criterios de elección distintos, entre los que están los de *utilidad* de la descripción del hecho: cf. Goodman, *op. cit.*, pp. 163 ss.

23. Esto es lo que sucede, en concreto, en el curso del proceso, donde las partes pueden ofrecer versiones distintas del mismo hecho y los testigos destacan aspectos distintos del mismo. Al respecto, v., en particular, Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 3 ss.

24. V., *supra*, capítulo I, 1 y 5.

piado de la prueba es el hecho que debe ser determinado, es decir, el hecho que es objeto de decisión.

La individualización del contexto de la decisión como esquema de referencia en función del cual se define el hecho como objeto de la prueba permite determinar dos perspectivas de definición del hecho, distintas pero convergentes —precisamente— hacia la individualización de lo que constituye el objeto de la prueba.

La primera perspectiva está referida directamente al contexto de la decisión, en el sentido de que obtiene de él las coordenadas que definen *teóricamente* el objeto de la prueba.

La segunda perspectiva está referida a las modalidades mediante las que el objeto de la prueba es *concretamente* individualizado y fijado en el proceso en referencia al concreto supuesto de hecho controvertido. Desde esta perspectiva, el contexto de referencia es *también* la decisión específica que deberá ser tomada por el juez, pero es *sobre todo* el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de las pruebas.

Está claro que estas dos perspectivas, o estos dos contextos, son distintos pero complementarios, dado que el procedimiento está destinado a producir la decisión y que ésta está condicionada y modelada de diversas maneras por el procedimiento de la que es el resultado. Cada una de esas perspectivas, no obstante, plantea distintos y complejos problemas que resulta oportuno analizar por separado, aunque sea para asegurar un mínimo de claridad en el discurso.

Por el momento, pues, se puede tomar en consideración la primera perspectiva, que está referida al contexto de la decisión, en la medida en que ésta es significativa para el análisis teórico del hecho como posible objeto de prueba; mientras que la segunda, que está referida al contexto del proceso y de la determinación concreta del objeto de la prueba, será examinada más adelante, al estudiar la dimensión procedimental del fenómeno probatorio.

2.1. *La relevancia jurídica.*–Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho «concreto» o «histórico» al que se aplica la norma idónea para decidir el caso[25] o bien, pero no es lo mismo, establecer cuál es el hecho controvertido para después decidir cuál es la norma que debe serle aplicada[26].

25. Sobre la inserción del hecho en la norma y en el contexto de la decisión, v., *supra*, capítulo I, 4.2.

26. Es el problema, no especialmente examinado en la doctrina italiana pero agudamente discutido en la alemana, de la individualización del «caso» sometido a la decisión,

En la óptica tradicional de la concepción silogística de la decisión judicial, esta operación no parecía suscitar especiales problemas. Una vez supuesto que la premisa mayor del silogismo judicial está constituida por una norma formulada de modo que atribuya determinadas consecuencias jurídicas a una clase de hechos, la individualización de la premisa menor consiste simplemente en establecer un hecho concreto que pertenezca a esa clase[27]. Sobre la base de esta correspondencia o, mejor dicho, de esta pertenencia de lo particular a lo general, se sostenía que resultaba fácilmente la individualización del hecho sobre el que vertía la decisión y, por tanto, también la definición del objeto de la prueba.

Esta forma de pensar tenía la peculiaridad de poner en evidencia un aspecto importante del problema, pero lo hacía de forma equivocada.

El aspecto importante consiste en establecer que, en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de *relevancia jurídica* del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas (hecho jurídico, hecho constitutivo, hecho principal, etc.)[28]. El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación[29]. Si, y

sobre el que puede verse Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, 1965. Acerca de la individualización del «caso» como contexto de circunstancias de hecho individualizadas y seleccionadas sobre la base de la norma que se conjetura aplicable, v., también, Varga, *The Mental Transformation*, cit., pp. 61 ss.

27. Entre los análisis críticos de esta concepción cf., en particular para lo que aquí interesa, Engisch, *Logisch Studien zur Gesetzesanwendung* 2 Aufl., Heidelberg, 1960, pp. 19 ss.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, ⁴1979, pp. 262 ss. [tr. cast., *Metodología de la ciencia del derecho*, a cargo de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, pp. 272 ss.]; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 31 ss., 48 ss., 106 ss.; Nerhot, *The Law and its Reality*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 50 ss.

28. No es éste el lugar de analizar detalladamente los problemas relativos a la definición dogmática de esos conceptos; para ello y para amplias referencias bibliográficas v., en la doctrina italiana, Cataudella, *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.; Falzea, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, *ivi*, pp. 941 ss.; Maiorca, *Fatto giuridico-fattispecie*, en *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pp. 111 ss.

29. Cf., entre otros muchos, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 41 ss.; Engisch, *op. cit.*, pp. 22 ss., 37 ss., 83 ss.; Larenz, *op. cit.*, pp. 266 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 275 ss.]; Nerhot, *op. cit.*, pp. 52 ss., 58 ss.; Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 87 ss. En la doc-

sólo si, en la concreta situación planteada en juicio, este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable a ese hecho y éste es objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba.

Son numerosas las razones que hacen que la forma silogística de representar la determinación de la relevancia jurídica del hecho sea muy discutible. Algunas de ellas (que no pueden ser aquí analizadas detenidamente) se remontan a los distintos motivos por los que, desde tiempo atrás, incluso en el ámbito de concepciones racionalistas del razonamiento del juez, se considera inadecuado el esquema silogístico o se reduce drásticamente su función y su capacidad representativa[30]. Otras razones pueden ser mencionadas aquí en la medida en que afectan directamente al problema en cuestión. Se trata esencialmente de constatar que la concepción silogística da por descontado aquello que sería necesario explicar, es decir, la identificación del significado de la norma concreta respecto de la definición del supuesto de hecho abstracto y la calificación jurídica del hecho concreto que permita establecer si éste entra o no en el campo de aplicación de aquella norma. En otros términos, si el razonamiento silogístico funciona, lo hace en la medida en que se establezcan premisas adecuadas, de hecho y de derecho, entre las que se dé la correlación lógica que funda la deducción silogística. Pero el verdadero problema, respecto del cual el esquema silogístico no ofrece respuesta alguna, es el de la fijación de las premisas, es decir, la interpretación de la norma, por un lado, y la determinación del hecho, por el otro[31]. Es necesario, además, tomar en cuenta el hecho de que, como ya se ha dicho, ninguna determinación adecuada del hecho está dada *a priori*, del mismo modo que *a priori* no hay un significado que sea «propio» de la norma[32].

trina italiana v., también para otras referencias bibliográficas, Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss. Entre lo más reciente cf. Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 64 ss.; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 60 ss., 65 ss.; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 6, 8. La función de la relevancia jurídica como criterio de selección de los hechos parece evidente incluso desde la perspectiva del análisis psicológico de la decisión: cf. Catelani, *Il giudice experto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992, p. 216.

30. En la literatura reciente cf., por ejemplo, B. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 37 ss.; Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, pp. 473 ss., y en particular Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en *Rechtstheorie* 1, 1974, pp. 33 ss.

31. Cf. Larenz, *op. cit.*, pp. 257 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 267 ss.]; Esser, *op. cit.*, pp. 53 ss.; Wilson, *op. cit.*; J. Jackson, *Questions of Fact*, cit.

32. Cf., en particular, en la doctrina más reciente, Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61, 68; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss. Esta última afirmación implica una elección precisa, pero muy problemática y discutible, en el plano de la

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la «preparación de las premisas» de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la «construcción del caso», es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión[33]. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender *constituir* una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio.

La actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante escapa al esquema silogístico[34], que no está bien fundado pero sigue inspirando el «sentido común» de los juristas. Esa actividad escapa también a los análisis que se concentran sobre la lógica de las normas y del razonamiento sobre normas, que —como sucede a menudo— olvidan tomar en cuenta que habitualmente las normas se aplican a hechos que es necesario identificar y definir para saber si se aplica, y cuándo se aplica, una norma.

En cambio, una contribución de gran importancia al análisis del problema que aquí nos interesa proviene del filón metodológico hoy dominante en Alemania, pero que no carece de manifestaciones también en Italia, que parte de los *Logische Studien zur Gesetzesanwen-*

teoría general de la interpretación. Esta elección no puede ser aquí analíticamente justificada, dado que requeriría una larga disgresión que no es relevante a los efectos del discurso que se está desarrollando. Baste, pues, una justificación «por remisión» a la doctrina de la interpretación que fundamenta esta elección y, en particular, a Tarello (cf. *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 61 ss.; Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 347 ss., 389 ss.) y a Guastini (cf. Id., en Castignone, Guastini y Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1989, pp. 34 ss., 234 ss.). Cf. también Wroóblewski, *Problems related to the one right answer thesis*, en *Ratio Juris* 3, 1989, pp. 240 ss.

33. Cf., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 262 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 272 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 11 ss., 52 ss., 70 ss., pero v. también Eberle, *Zur Rethorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt a. M.-Bern-New York-Paris, 1989, pp. 76 ss.; Kaufmann, *Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations in Law*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 111 ss., 114.

34. Cf., en particular, Grace y Teschner, *Semiotic Contrast between Trial and Discovery*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, pp. 127, 141 ss. Desde el punto de vista heurístico de esta actividad v., además, Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., p. 4.

dung de Engisch pero utiliza especialmente la perspectiva y los conceptos de la hermenéutica. Más allá de la posible discusión sobre los fundamentos generales de la hermenéutica, y de la versión gadameriana en particular[35], no se puede desconocer que la epistemología jurídica de orientación hermenéutica ha situado como objeto privilegiado de investigación precisamente a la formulación de las premisas de la decisión, llegando a ofrecer análisis refinados y aceptables del aspecto decisorio del razonamiento del juez.

En realidad, el análisis de la llamada «subsunción» del hecho en la norma, de forma mucho más detallada de cuanto se realiza habitualmente en la doctrina que se ocupa de estos problemas, se remonta principalmente a Engisch, especialmente desde una perspectiva que pretende captar la interrelación dinámica entre hecho y norma, que se implementa en la «formación» de la decisión[36]. De hecho, es suya la famosa metáfora del «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt»[37], que abre el camino al estudio de la relación entre hecho y norma, en el ámbito del procedimiento decisorio, como relación de progresivo acercamiento entre la definición del hecho y la interpretación «concretizadora» de la norma, en particular por lo que se refiere a la definición del supuesto de hecho[38].

Esta concepción dinámica de la relación norma/hecho que se instaura en materia de decisión se convierte en la base de la tendencia más difundida en la doctrina alemana, como confirma, por ejemplo, la *Methodenlehre* de Larenz[39], y encuentra ulteriores desarrollos en el ámbito de la doctrina hermenéutica. En realidad, conceptos como el «círculo» o la «espiral hermenéutica» tienen una especial utilidad para hacer entender cómo los «hechos brutos» (*Tatsache*) adquieren significado jurídico y son jurídicamente calificados (convirtiéndose así en

35. Sobre estos aspectos, que no pueden ser estudiados con profundidad aquí, v., en particular, los ensayos de Zaccaria recogidos en el volumen *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990.
36. Cf. Id., *op. cit.*, pp. 22 ss.
37. *Op. ult. cit.*, p. 15.
38. Sobre la calificación jurídica del hecho como *Annäherung* entre el supuesto de hecho abstracto y el supuesto de hecho concreto v., en particular, Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, p. 1899, 118. De *Koinzidenzprinzip* habla Rödig, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahern*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, pp. 178 ss. Sobre la dinámica de esta operación v., además, Engisch, *op. cit.*, pp. 10 ss., 23 ss.; Eberle, *op. cit.*, pp. 73 ss.; Baratta, *Ueber Juristenrecht*, en *Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, ed. de W. Hassemer, Heidelberg, 1984, pp. 57 ss. V. también Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 248 ss.
39. Cf., en particular, pp. 262 ss. [tr. cast., pp. 272 ss.].

Sachverhalt) haciendo únicamente referencia a la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma[40]; ésta, a su vez, puede ser seleccionada para regular el caso e interpretada a los efectos de la concreta aplicación judicial únicamente sobre la base de, y en la línea representada por, los hechos que identifican al caso a decidir[41]. La «construcción del caso», para usar la expresión de Hruschka, es, pues, una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones[42]. El problema fundamental resulta, entonces, el de las elecciones que el juez debe formular para fundar las premisas de la decisión: elecciones complejas, cambiantes e interrelacionadas que afectan a la individualización de la norma aplicable y de su significado, que opera como regla de solución de la controversia, pero también a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que individualizan la controversia[43].

Es cierto que, como subraya Zaccaria, esta perspectiva encuentra su limitación fundamental en su referencia a la imagen ideal del juez y de la formación de las premisas de la decisión más que a la forma en que ésta se produce en la experiencia concreta del proceso[44]. Ésta es, sin embargo, una perspectiva importante, especialmente si se toman en

40. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 54, 98 ss. En particular, sobre el «círculo» y sobre la «espiral» hermenéutica, cf. Larenz, *op. cit.*, p. 183 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 194 s.]; Hassemer, *op. cit.*, p. 107; Zaccaria, *op. cit.*, p. 55; Baratta, *op. cit.*, p. 60. Se trata, por otra parte, de un concepto que los juristas toman, adaptándolo al problema de la interpretación de las normas, de la teoría general de la hermenéutica: v., en efecto, esencialmente Gadamer, *Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tubingen, 1960, pp. 250 ss. [tr. cast., *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*, a cargo de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, 1991, pp. 331 ss.] (y pp. 307 ss. —tr. cast., pp. 396 ss.— para el análisis del problema «ejemplar» de la hermenéutica jurídica), también Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, Berkeley-Los Angeles-London, 1978, pp. 41 ss., 107 ss., 117 ss., 141 ss., 166 ss. Sobre las relaciones entre hermenéutica filosófica y literaria y hermenéutica jurídica, cf. además Gadamer, *op. cit.*, pp. 307 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 396 ss.], Neumann, *Zur Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 49 ss.; Müller y Dietz, *Zur literarischen und juristischen Hermeneutik*, *ivi*, pp. 157 ss.
41. Sobre las relaciones entre el concepto de *Tatbestand* y los de «supuesto de hecho» y «hecho jurídico» cf. Cataudella, *op. cit.*, p. 926; Maiorca, *op. cit.*, p. 113.
42. Cf., en particular, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 58 ss.
43. Sobre el problema de las elecciones en el ámbito de posibilidades de decisión que se crean sobre el caso a resolver v., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 279 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 289 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 46 ss., 53 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 252 ss.; Makkonen, *Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*, tr. al., Turku, 1965, pp. 95 ss., 207 ss. y *passim*.
44. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 68.

dung de Engisch pero utiliza especialmente la perspectiva y los conceptos de la hermenéutica. Más allá de la posible discusión sobre los fundamentos generales de la hermenéutica, y de la versión gadameriana en particular[35], no se puede desconocer que la epistemología jurídica de orientación hermenéutica ha situado como objeto privilegiado de investigación precisamente a la formulación de las premisas de la decisión, llegando a ofrecer análisis refinados y aceptables del aspecto decisorio del razonamiento del juez.

En realidad, el análisis de la llamada «subsunción» del hecho en la norma, de forma mucho más detallada de cuanto se realiza habitualmente en la doctrina que se ocupa de estos problemas, se remonta principalmente a Engisch, especialmente desde una perspectiva que pretende captar la interrelación dinámica entre hecho y norma, que se implementa en la «formación» de la decisión[36]. De hecho, es suya la famosa metáfora del «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt»[37], que abre el camino al estudio de la relación entre hecho y norma, en el ámbito del procedimiento decisorio, como relación de progresivo acercamiento entre la definición del hecho y la interpretación «concretizadora» de la norma, en particular por lo que se refiere a la definición del supuesto de hecho[38].

Esta concepción dinámica de la relación norma/hecho que se instaura en materia de decisión se convierte en la base de la tendencia más difundida en la doctrina alemana, como confirma, por ejemplo, la *Methodenlehre* de Larenz[39], y encuentra ulteriores desarrollos en el ámbito de la doctrina hermenéutica. En realidad, conceptos como el «círculo» o la «espiral hermenéutica» tienen una especial utilidad para hacer entender cómo los «hechos brutos» (*Tatsache*) adquieren significado jurídico y son jurídicamente calificados (convirtiéndose así en

35. Sobre estos aspectos, que no pueden ser estudiados con profundidad aquí, v., en particular, los ensayos de Zaccaria recogidos en el volumen *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990.

36. Cf. Id., *op. cit.*, pp. 22 ss.

37. *Op. ult. cit.*, p. 15.

38. Sobre la calificación jurídica del hecho como *Annäherung* entre el supuesto de hecho abstracto y el supuesto de hecho concreto v., en particular, Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, p. 1899, 118. De *Koinzidenzprinzip* habla Rödig, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahern*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, pp. 178 ss. Sobre la dinámica de esta operación v., además, Engisch, *op. cit.*, pp. 10 ss., 23 ss.; Eberle, *op. cit.*, pp. 73 ss.; Baratta, *Ueber Juristenrecht*, en *Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, ed. de W. Hassemer, Heidelberg, 1984, pp. 57 ss. V. también Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 248 ss.

39. Cf., en particular, pp. 262 ss. [tr. cast., pp. 272 ss.].

Sachverhalt) haciendo únicamente referencia a la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma[40]; ésta, a su vez, puede ser seleccionada para regular el caso e interpretada a los efectos de la concreta aplicación judicial únicamente sobre la base de, y en la línea representada por, los hechos que identifican al caso a decidir[41]. La «construcción del caso», para usar la expresión de Hruschka, es, pues, una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones[42]. El problema fundamental resulta, entonces, el de las elecciones que el juez debe formular para fundar las premisas de la decisión: elecciones complejas, cambiantes e interrelacionadas que afectan a la individualización de la norma aplicable y de su significado, que opera como regla de solución de la controversia, pero también a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que individualizan la controversia[43].

Es cierto que, como subraya Zaccaria, esta perspectiva encuentra su limitación fundamental en su referencia a la imagen ideal del juez y de la formación de las premisas de la decisión más que a la forma en que ésta se produce en la experiencia concreta del proceso[44]. Ésta es, sin embargo, una perspectiva importante, especialmente si se toman en

40. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 54, 98 ss. En particular, sobre el «círculo» y sobre la «espiral» hermenéutica, cf. Larenz, *op. cit.*, p. 183 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 194 s.]; Hassemer, *op. cit.*, p. 107; Zaccaria, *op. cit.*, p. 55; Baratta, *op. cit.*, p. 60. Se trata, por otra parte, de un concepto que los juristas toman, adaptándolo al problema de la interpretación de las normas, de la teoría general de la hermenéutica: v., en efecto, esencialmente Gadamer, *Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tubingen, 1960, pp. 250 ss. [tr. cast., *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*, a cargo de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, 1991, pp. 331 ss.] (y pp. 307 ss. —tr. cast., pp. 396 ss.— para el análisis del problema «ejemplar» de la hermenéutica jurídica), también Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, Berkeley-Los Angeles-London, 1978, pp. 41 ss., 107 ss., 117 ss., 141 ss., 166 ss. Sobre las relaciones entre hermenéutica filosófica y literaria y hermenéutica jurídica, cf. además Gadamer, *op. cit.*, pp. 307 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 396 ss.], Neumann, *Zur Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 49 ss.; Müller y Dietz, *Zur literarischen und juristischen Hermeneutik*, *ivi*, pp. 157 ss.

41. Sobre las relaciones entre el concepto de *Tatbestand* y los de «supuesto de hecho» y «hecho jurídico» cf. Cataudella, *op. cit.*, p. 926; Maiorca, *op. cit.*, p. 113.

42. Cf., en particular, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 58 ss.

43. Sobre el problema de las elecciones en el ámbito de posibilidades de decisión que se crean sobre el caso a resolver v., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 279 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 289 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 46 ss., 53 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 252 ss.; Makkonen, *Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*, tr. al., Turku, 1965, pp. 95 ss., 207 ss. y *passim*.

44. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 68.

cuenta los lugares comunes habituales en la cultura jurídica sobre los problemas que aquí se están considerando, en la medida en que pone en evidencia algunos aspectos fundamentales de la determinación de los hechos destinados a constituir el objeto de la prueba. De ella se obtiene, ante todo, la demostración analítica de la forma en que la «porción de realidad» que importa en el proceso es «recortada» a partir de la complejidad indeterminada del hecho histórico. Este recorte se realiza sobre la base de la relevancia jurídica de los hechos, identificada en función de la norma que se usa como regla de la decisión del caso. Se trata, pues, de una definición que resulta de un juicio (un conjunto de elecciones) formulado *ad hoc* sobre la base de la controversia concreta, pero no por ello subjetivo o irracional. Esto es así porque el baremo de juicio es en todo caso la norma, que es identificada en el caso concreto pero sigue siendo un criterio de decisión de orden general. Es sobre esta base como los problemas generales mencionados más arriba encuentran su solución específica, en cada caso concreto de forma distinta según el tipo de *Rechtsfall* que se identifique: así, por ejemplo, los problemas de la elección cualitativa de las circunstancias, de la determinación del «nivel de realidad» sobre el que se plantee el problema de la prueba y del grado de especificidad que deba tener la determinación del hecho en función del tipo de decisión que el juez deba tomar.

A partir de aquí, se subraya que, en realidad, la determinación del hecho que identifica la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contienen elementos valorativos, dado que acostumbra a ser valorativa la interpretación de la norma que permite individualizar el criterio de relevancia jurídica de los hechos[45].

Se obtiene, además, que la identificación del hecho es siempre relativa y es, en general, el resultado de un procedimiento de hipótesis/control que puede ser muy complejo hasta que el juez alcance a establecer qué hechos específicos deben ser determinados, en la medida en que son relevantes a la luz de la norma que constituirá el criterio de decisión.

La función esencial que desarrolla la referencia a la norma aplicable en la definición del «hecho relevante» debe ser, sin embargo,

45. Sobre el rol de los juicios de valor en el proceso de interpretación de la norma v., en general, Larenz, *op. cit.*, pp. 192 ss., 222 ss. y especialmente pp. 273 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 203 ss., 231 ss. y especialmente pp. 283 ss.] en lo que se refiere a la individualización del hecho.

Sobre la determinación valorativa del hecho por parte de la norma y sobre las consecuencias que de ello se derivan, v, *infra*, apartado 3.

correctamente entendida para evitar confusiones que surgen a menudo —a causa de una definición poco clara de las relaciones entre hecho y derecho— a propósito de los problemas que aquí se están considerando.

La referencia a la norma y al supuesto de hecho sirve, como ya se ha dicho, para establecer qué circunstancias de hecho son jurídicamente relevantes en el caso concreto y, por tanto, para establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión. Esa referencia sirve, pues, para establecer cuál es el objeto del juicio de hecho, esto es, qué hechos son los que constituyen (= deberían constituir) el objeto de las pruebas a producir en ese proceso. Ésta es la finalidad específica de la referencia a la norma aplicable al caso, pero también el límite de esa referencia, es decir, el punto más allá del cual la norma aplicable ya no determina el juicio de hecho.

En otros términos: una cosa es establecer, sobre la base del criterio de relevancia jurídica derivado de la norma por hipótesis aplicable, *cuáles* son los hechos relevantes que deberían ser determinados y otra, en cambio, establecer *cómo* (es decir, con qué medios y según qué resultados cognoscitivos) esos hechos deben o pueden ser determinados. El primer problema afecta a la definición del objeto de la instrucción probatoria; el segundo afecta a la metodología y a los resultados de la determinación probatoria de los hechos. Evidentemente, se trata de problemas vinculados y en cierto modo complementarios, pero, en cualquier caso, de problemas *distintos*.

En resumen, únicamente el primer problema supone la interpretación de la norma, mientras que el segundo afecta al conocimiento del hecho: debe tratarse del hecho jurídicamente relevante (y no de un hecho irrelevante desde el punto de vista de la norma aplicable), pero, en todo caso, siempre se tratará de establecer la existencia de un *hecho*[46].

46. Para una clara formulación de esta distinción cf. Larenz, *op. cit.*, pp. 294 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 303 ss.] y también Engisch, *op. cit.*, pp. 83 ss., y Hruschka, *op. cit.*, pp. 10, 14 ss., 24 ss. En cambio, a veces sucede que, para subrayar la incidencia de las normas sobre la individualización de los hechos, se reduce todo el problema únicamente a la dimensión normativa, perdiendo de vista la circunstancia de que se trata, en todo caso, de *hechos* y de su existencia. En este sentido, v., por ejemplo, White, *op. cit.*, y las críticas al respecto de Summers, *Comments on Alan White's «Facts in Law»*, en *Facts in Law*, cit., 120 ss. Esta reducción del problema del hecho a la dimensión normativa de la calificación jurídica está presente también en Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 5 ss., 8 ss.; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 64, como consecuencia del esfuerzo por poner en evidencia que el hecho se define en función de la norma. Está claro, sin embargo, que se trata de reducciones infundadas, dado que no puede eliminarse de ningún modo la dimensión «cognitiva» de la determinación del hecho sobre la base de las pruebas.

Esta distinción es —o, al menos, debería ser— obvia en sus términos generales, lo que resulta confirmado por el hecho de que es utilizada incluso en el ámbito de la línea teórica anteriormente mencionada[47] y que se caracteriza precisamente por apoyarse en la interrelación hecho/norma.

En todo caso, esa distinción es un instrumento para resolver problemas, no la solución misma de problema alguno. En realidad, la individualización del «hecho a probar» es a menudo dudosa y complicada, esencialmente por dos razones: por la forma en que las normas configuran los supuestos de hecho a los que se vinculan efectos jurídicos y porque, en cualquier caso, los hechos a probar tienen habitualmente características suficientemente distintas como para volver inaceptable cualquier forma de *reductio ad unum*.

Así pues, resulta confirmada la extrema complejidad y relatividad de la noción de «hecho» como objeto de prueba. El concepto de relevancia jurídica del hecho, entendido de forma dinámica en la medida en que se sitúa en el desarrollo de la actividad de elección y de interpretación de la norma aplicable al supuesto de hecho, constituye, sin embargo, un punto de referencia importante, ya que permite entender cómo se define en el caso concreto «el horizonte de decisión» sobre el hecho[48].

Cómo definir la relevancia jurídica del hecho, precisamente a los efectos de individualizar el hecho que debe ser objeto de decisión, es, sin embargo, una operación nada sencilla. En efecto, no sólo supone las operaciones hermenéuticas que han sido apenas mencionadas, sino que implica también delicadas y complejas operaciones lingüísticas de paso y traducción entre lenguajes distintos[49], que además asumen configuraciones muy distintas en función de los contextos culturales, además de institucionales y procesales, en que se sitúan[50]. El concepto de relevancia jurídica, entendido en sentido dinámico, es, pues, importante pero no resolutivo: es un punto de partida más bien que un punto de llegada en la comprensión de los problemas que afectan a la determinación de los «hechos». De ahí la necesidad de profundizar el análisis esencialmente en dos direcciones: la de la definición normativa de los hechos y la de su tipología en función de la forma en que las normas se ocupan de ellos.

47. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 52.
48. Cf. Hruschka, *op. cit.*, pp. 30 ss.
49. V., en particular, Grace y Teschner, *op. cit.*, pp. 127 ss., 141 ss., que analizan de forma específica la relación hecho/norma como relación de *encoding/decoding* entre dos sistemas lingüísticos constituidos por el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico. Sobre la relevancia del aspecto lingüístico de la relación hecho/norma v., también, desde la perspectiva hermenéutica, Esser, *op. cit.*, pp. 32 ss., 50 ss., 106 ss., además de J. Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 92 ss.; Ockelton, *Comments on John Jackson's «Questions of Fact and Questions of Law»*, in *Facts in Law*, cit., pp. 103 ss.
50. V., en particular, Varga, *op. cit.*, pp. 364, 371; Ockelton, *op. cit.*, pp. 102 ss.

2.2. *La identificación normativa*.–Dado que el supuesto de hecho (la *abstrakte Tatbestand*) definido por la norma por hipótesis aplicable al caso concreto funciona como criterio para seleccionar —entre la indiferenciada variedad de lo real y de los puntos de vista desde los que puede ser percibido— qué hechos (o qué versiones de qué hechos) son relevantes para la decisión, resulta que a los efectos de establecer cuáles son esos hechos es ante todo decisivo un conjunto de factores referidos a la forma en que las normas se ocupan de los hechos que califican como jurídicamente relevantes. En cierto sentido, el hecho (relevante) es aquello que es definido como tal por la norma aplicable: es el supuesto de hecho definido por la norma el que selecciona el hecho concreto al que la norma podrá ser aplicada[51].

Sin embargo, con esto no se simplifica el problema de la determinación del hecho a probar sino que se complica notablemente, dado que no está claro en absoluto cómo las normas individualizan los hechos que califican como jurídicamente relevantes, ni qué consecuencias se derivan de ello para la definición de lo que constituye el objeto de la prueba.

Un problema general muy controvertido afecta, precisamente, a la posibilidad de afirmar que las normas «describen» hechos. Por un lado, siguiendo la conocida distinción de Hare entre «frástico» y «néustico» en el ámbito de los enunciados normativos, hay quien sostiene que en las normas hay un aspecto «descriptivo» (el «frástico») en el que la norma describe el hecho al que se vinculan consecuencias jurídicas[52]. Por ejemplo, en la doctrina italiana Scarpelli ha utilizado la distinción

51. Cf., por ejemplo, Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio, 1987, pp. 10, 63 ss. [tr. cast., *Lo racional como razonable*, a cargo de E. Garzón Valdés, Madrid, 1991, pp. 44-45, 107 ss.], y especialmente Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, ²1983, pp. 104 ss. Para un reciente análisis lógico del concepto de relevancia v. Holdcroft, *Relevance in Legal Proof*, en *Facts in Law*, cit., pp. 127 ss. El concepto de relevancia jurídica, o de supuesto de hecho, representa, por otra parte, un *tópos* clásico en la doctrina del «hecho jurídico»: para los aspectos dogmáticos de ese concepto v., en particular en la doctrina italiana, Cataudella, *op. cit.*, pp. 932 ss., 938 ss.; Falzea, *op. cit.*, pp. 942 ss.; Maiorca, *op. cit.*, pp. 112 ss., 124 ss., 132 s.
52. Sobre esta línea teórica v., entre lo más reciente, Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, pp. 89 ss.

entre «conceptos fácticos» y «conceptos calificatorios», atribuyendo a los primeros la función de describir hechos que son jurídicamente calificados por las normas[53]. Siguiendo este orden de ideas, es la norma la que define el hecho que es identificado como premisa de consecuencias de tipo prescriptivo. Se trataría de un hecho «histórico» o «bruto» que la norma selecciona en el momento en que le atribuye relevancia jurídica; ese hecho representaría la prótasis de la norma, es decir, aquello que debe probarse para que sea posible aplicar justamente la norma al caso concreto[54].

No obstante, surgen a este respecto problemas relevantes que se afrontarán, al menos, sintéticamente.

Es ya un lugar común la consideración de que en las normas, como en cualquier otro contexto definitorio o cognoscitivo, el hecho no aparece como dato empírico material sino como objeto de una descripción, de un juicio, de una enunciación[55]. No es, pues, un dato absoluto objetivamente determinado *aliunde*, sino el resultado de una «construcción» lingüística y conceptual: es algo *artificial* que lleva la señal determinante del «constructor» y de los presupuestos y los métodos que han guiado o condicionado la construcción[56]. Del mismo modo que en la ciencia se afirma que los hechos son inevitablemente *theory-laden*[57] o que, en general, cualquier definición de un hecho es siempre

53. V., en particular, Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva ed. a cargo de A. Pintore, Milano, 1985, pp. 123 ss., 133 ss., y *La definizione nel diritto*, ahora en Id., *Etica senza verità*, Bologna, 1982, pp. 209 ss.; también Pintore, *op. cit.*, pp. 91 ss., e Id., *Introduzione*, en Scarpelli, *Contributo*, cit., pp. 15 ss. 23 ss. No obstante, la autonomía de los «conceptos fácticos» parece ponerse en duda en otros escritos de Scarpelli: v., por ejemplo, Id., *Auctoritas non veritas facit legem*, en *Riv. fil.*, 1984, p. 32.

54. V., *supra*, capítulo I, 4.2.

55. V., *infra*, apartado 2.3.

56. V., en particular, Goodman, *op. cit.*, pp. 127 ss.; en el mismo sentido, Varga, *The Fact and its Approach*, cit., pp. 357 ss., 359 ss., 364; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61, 68; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 66 ss.; Nerhot, *op. cit.*, pp. 61 ss.; Bankowski, *The Value of Truth: Fact Skepticism Revisited*, en *Legal Studies* 1, 1981, pp. 262 s.

57. Cf. Pizzi, *Oggetività e relativismo nella ricostruzione dei fatti: annotazioni logico-filosofiche*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, pp. 195 ss. Cf. además Krajewski, *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston, 1977, pp. 60 ss.; Strawson, *Truth*, en el vol. *Truth*, ed. por G. Pitcher, Englewood Cliffs, 1964, p. 32 [tr. cast., *Verdad*, a cargo de A. García Suárez y L. M. Valdés, en *Teorías de la verdad en el siglo XX*, ed. por J. A. Nicolás y M.ª J. Frápolli, Madrid, 1997, p. 282]; Hanson, *Patterns of Discovery*, Cambridge, 1958, pp. 19 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, pp. 126, 183; Villa, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, en *Materiali per una storia*

culture-laden o *value-laden*[58], en el derecho y, en particular, en el lenguaje de las normas se tiende a decir que no se puede hablar de «hechos» en sentido estricto. Por la sola razón de ser definido por una norma o, más en general, por ser objeto del «discurso» jurídico (por ejemplo en el proceso) el hecho sería necesariamente *rule-laden* o *law-laden*, es decir, estaría inevitablemente definido mediante categorías jurídicas. No habría, por tanto, hechos «brutos» en el derecho, y mucho menos en las definiciones normativas, sino únicamente hechos «institucionales»[59]. Así pues, siempre resultaría decisiva la calificación jurídica del hecho en sentido lato, en la medida en que éste sería definido sólo jurídicamente; en cambio, resultaría irrelevante o sería completamente inexistente la dimensión «empírica» o «fáctica», en sentido estricto, de la definición normativa del hecho[60].

Sin embargo, fácilmente puede comprobarse que este problema no se sitúa en el plano ontológico (es decir, no se refiere a la existencia

della cultura giuridica, 1985, p. 394; Id., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 131 ss., 165 ss., 173 ss. Debe, sin embargo, recordarse al respecto la importante observación de Quine (cf. *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass.-London, 1990, pp. 6 ss. —tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, pp. 23 ss.—) según la cual la *theory-ladenness* es siempre una cuestión de grados y de puntos de vista. Por un lado, en efecto, no está excluida la posibilidad de observaciones que puedan considerarse *theory-free*. Por otro lado, todo o nada puede ser *theory-laden* en función del nivel en que se sitúe el «hecho» en relación con el punto de vista de la teoría que lo observa.

58. V., por ejemplo, Putnam, *Razón, verdad e historia*, tr. cast. a cargo de J. M. Esteban, Madrid, 1988, pp. 132 s.

59. Esta distinción pertenece a Searle (v., principalmente, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, pp. 50 ss., 175 ss. —tr. cast., *Actos de habla*, a cargo de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, 1990, pp. 58 ss., 178 ss.—) pero se ha convertido en uso común entre los filósofos del derecho. Cf., especialmente, Maccormick y Weinberger, *Introduction*, en Maccormick y Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, pp. 1 ss.; Maccormick, *On Analytical Jurisprudence*, *ivi*, pp. 98 ss.; Weinberger, *Facts and Fact-Descriptions. A Logical and Methodological Reflection on a Basic Problem for the Social Sciences*, *ivi*, pp. 78 ss.; Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London-New York, 1985, pp. 176 ss; Peczenik, *op. cit.*, pp. 233 ss.; Mazzarese, *op. cit.*, pp. 4 s., 7. Se remiten a esta discusión todos aquéllos que, explícita o implícitamente, sostienen la tesis de que los hechos definidos por normas son, por ello, necesariamente institucionales (v. la nota siguiente).

60. Cf., por ejemplo, Maccormick, *Law as Institutional Fact*, en Maccormick y Weinberger, *op. cit.*, p. 49; Id., *On Analytical Jurisprudence*, cit., pp. 98 ss.; Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, p. 81; Id., en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, pp. 189 ss.; Varga, *The Fact and Its Approach*, cit., pp. 373 ss.; Id., *A Framework for the Analysis of Judicial Discourse*, en *Reason in Law*, I, Milano, 1987, p. 294; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61 ss., 68; Mazzarese, *op. cit.*, p. 9; White, *op. cit.* Respecto de esta línea v. las consideraciones de Pintore, *op. cit.*, pp. 198 ss., y de Peczenik, *op. cit.*, pp. 233 ss.

material de los hechos) sino en el semántico, en la medida en que se refiere a la individualización del significado de las normas. Más específicamente, se pone el acento en el lenguaje de las normas[61], ya que es sobre él, y sobre la forma de entender su estructura, que se plantea la posibilidad de individualizar definiciones normativas de hechos «brutos» o la necesidad de reconocer únicamente la presencia de hechos «institucionales».

Con todo esto, no obstante, se está muy lejos de resolver la cuestión de cómo las normas definen los hechos y, por tanto, de cómo es individualizado el hecho que sirve de base para la decisión. Al respecto, en realidad, hay algunas dificultades que deben ser resueltas por quien pretenda establecer qué hecho debe ser probado como presupuesto para la aplicación de una determinada norma.

La primera dificultad consiste en la «vaguedad» del lenguaje de las normas, que está siempre notoriamente presente[62], pero que se da especialmente en la parte de la norma referida a la individualización del hecho[63]. Al respecto, parece al menos sensata la observación de que las normas deberían ser lo más claras y precisas posible, precisamente, en la individualización de los presupuestos fácticos de su aplicación[64]. Pero, más allá del hecho de que no es posible una precisión absoluta[65], resulta que en concreto las normas son a menudo vagas precisamente en la individualización de aquellos presupuestos. El «grado» de vaguedad no es obviamente constante, ya que depende del grado de precisión y claridad del lenguaje usado, además del grado de concreción/*genericidad* de las determinaciones fácticas[66]: resulta intuitivo que una

61. Cf. Ferrajoli, *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, pp. 410 ss.

62. Cf. Luzzati, *Vaguezza, interpretazione e certezza del diritto*, en *Analisi e diritto*, 1990, pp. 136 ss.; *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 13 ss., 70 ss., 86 ss., 279 ss., 299 ss., 353 ss.; Diciotti, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, en *Analisi e diritto*, 1992, pp. 97 ss.

63. Cf. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 81, 114, 116.

64. Cf. Scarpelli, *La definizione*, cit., p. 209. Análogamente, Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 409 ss.; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, ²1990, pp. 7 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 35 ss.].

65. En efecto, destaca Ferrajoli, *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 411, que esto sería únicamente posible en un lenguaje jurídico completamente formalizado. Sin embargo, la vaguedad no es *a priori* incompatible con la precisión: cf. Quine, *Word and Object*, Cambridge, Mass., reed. 1990, p. 126 [tr. cast., *Palabra y objeto*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1968, pp. 137-138].

66. Sobre la distinción entre vaguedad y ambigüedad, *genericidad* y *generalidad*, cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 46 ss. Sobre los grados de vaguedad v. *ibid.*, pp.

norma que hable de «automóviles» es más específica y menos vaga que una norma que hable de «vehículos», pero —más allá del hecho de que obviamente tienen distintos campos de aplicación— ambas normas siguen siendo (en distintos grados) vagas (quedando, por ejemplo, por determinar si, y en qué casos, una ambulancia es un automóvil y si, y en qué casos, un cochecito para niños es un vehículo)[67].

Se obtiene de ello que un aspecto esencial para la identificación de aquello que debe ser probado para que pueda aplicarse una determinada norma consiste en la reducción de la vaguedad referida a la individualización de los presupuestos fácticos[68]. Esta operación es menos problemática en el caso, no muy frecuente, de que la norma use un lenguaje fáctico simple, uniforme y determinado. Es, en cambio, más compleja si el lenguaje es complicado, oscuro y variable, aunque sólo sea porque en ese caso aumenta el ámbito de discrecionalidad que sirve al intérprete para establecer *un* significado plausible de la norma[69].

La segunda dificultad consiste en el hecho de que no existe una clara distinción entre «lenguaje ordinario» y «lenguaje jurídico», ni siquiera en lo que concierne a la individualización de los presupuestos fácticos de la aplicación de las normas. Por un lado, es verdad que muy a menudo el lenguaje de las normas «toma prestadas» expresiones del lenguaje común: es más, esto sucede típicamente en el ámbito de la determinación de los hechos por parte de las normas[70]. Se trata, sin

92 ss.; cf. además Diciotti, *op. cit.*, pp. 100 ss. En general sobre el problema de la vaguedad del lenguaje cf., especialmente, Quine, *op. ult. cit.*, pp. 125 ss. [tr. cast., pp. 137 ss.].

67. Evidentemente, cuanto más precisa es la definición contenida en la norma, más determinados están los hechos que le son reconducibles (Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 410). Se trata, sin embargo, de distinciones de grado que no son fácilmente determinables ni susceptibles de definiciones teóricas rigurosas, estrechamente ligadas al lenguaje específico de la norma y al contexto lingüístico de su interpretación (v. Ferrajoli, *ivi*, p. 411).

68. Sobre las técnicas de reducción de la vaguedad v., ampliamente, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss.; sobre la interpretación de normas vagas v. *ibid.*, pp. 101 ss., 157 ss., 201 ss., 241 ss., 319 ss.

69. Esto no implica en absoluto que la norma tenga, o pueda tener, *un solo* significado plausible o «justo». La tesis de la *one right answer* sostenida por Dworkin es, en efecto, insostenible por varias razones (cf., también para ulteriores remisiones a muchas contribuciones críticas sobre este punto, Peczenik, *op. cit.*, pp. 301 ss.; Wróblewski, *Problems related to the one right answer thesis*, cit., pp. 240 ss.; Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 336 ss.). En el texto se hace referencia únicamente al hecho de que, en todo caso, en la decisión sobre un caso concreto, el juez elige un significado plausible entre los distintos significados posibles. Sobre este punto, esto es, sobre la determinación del significado de la norma que resulta de la decisión judicial, cf., ampliamente, Diciotti, *op. cit.*, pp. 130 ss.

70. Cf. Pintore, *op. cit.*, pp. 284 ss., 307 ss.; Diciotti, *op. cit.*, pp. 114 ss., 122 ss. En general, sobre la «tecnificación» del lenguaje jurídico y sobre sus relaciones con el lenguaje ordinario, cf. Tarello, *op. cit.*, pp. 108 ss.

embargo, de un dato histórico y culturalmente contingente, ligado, por ejemplo, a fenómenos como la mayor o menor difusión de una jerga técnico-burocrática que muchas veces es empleada también en casos en que el lenguaje común sería más simple y más claro[71]. Por otro lado, es dudoso que una expresión del lenguaje común mantenga rigurosamente su significado extrajurídico una vez que ha sido insertada en el contexto de una norma (incluso si se admite que se puede determinar en todo caso y con certeza —lo que a menudo no sucede— cuándo una expresión pertenece al lenguaje común y cuando pertenece al lenguaje jurídico)[72]. Además, es lícito sostener que cuando una expresión del lenguaje común existe *también* en el lenguaje jurídico y tiene en este último un significado técnico identificable autónomamente, es este último el que debe ser adoptado en la interpretación de la norma[73]. Si, por ejemplo, una norma se refiere a la posesión de una casa por un cierto período de tiempo, parece claro que prevalece el concepto técnico-jurídico de posesión, que proviene del artículo 1140 cod. civ. it., y no la idea corriente de posesión que determina su significado en el lenguaje común. En resumen, parece que los significados del lenguaje común pueden sólo servir (manteniéndose el lenguaje «común» como «común») en los casos, poco frecuentes, en que la expresión usada para identificar un hecho no tenga (o no tenga todavía) un significado «jurídico».

Sin embargo, lo anterior no ofrece criterio estable alguno para la resolución del problema inherente a cómo se determinan los hechos

71. En efecto, se observa que la distinción entre hecho «bruto» y hecho «institucional» no es rígida sino de grado, variable en función de los distintos contextos sociales y culturales: cf. Varga, *op. cit.*, pp. 365 s., 367; Ockelton, *op. cit.*, pp. 102 ss.

72. Esto no implica en absoluto que, de alguna forma, el derecho sea un lenguaje autónomo y autosuficiente hasta el punto de poder prescindir del lenguaje ordinario. Al contrario, permanece ligado a él (en este sentido, muy claramente, Pintore, *op. cit.*, pp. 308 ss.; también Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 225 ss.; Diciotti, *op. cit.*, pp. 122 ss.; Lazzaro, *Diritto e linguaggio comune*, en *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, 140 ss.; Tarello, *op. cit.*, 110 ss.), pero el traslado de expresiones del lenguaje ordinario al lenguaje jurídico *puede* modificar en alguna medida su significado (sobre las diferencias y las relaciones entre los dos lenguajes cf. Grace y Teschner, *op. cit.*, pp. 141 ss.). Por otra parte, no es siquiera necesario sostener que el significado jurídico de esas expresiones es *siempre y completamente* autónomo y distinto de su significado no jurídico. Sobre estos problemas, las tesis «intermedias» (sobre las que puede verse Pintore, *op. cit.*, p. 314, y Luzzati, *ibid.*) parecen dotadas de mayor razonabilidad y realismo que las tesis radicales, que no distinguen el lenguaje jurídico del ordinario o que, en sentido opuesto, sostienen que existe una separación total entre ambos lenguajes.

73. En este sentido, v. Cian y Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, [4]1992, p. 19, VII, 3. También Tarello, *op. cit.*, p. 113; Diciotti, *op. cit.*, pp. 122 ss., 125.

por las normas: en cada caso, la posibilidad de que el hecho se identifique mediante el lenguaje no jurídico (y sea, pues, definible como «bruto») o el lenguaje jurídico (y sea, pues, *law-laden*) depende de la relación contingente que en ese momento y en esa cultura jurídica se produzca entre el lenguaje común y el lenguaje ordinario en referencia a esa materia particular[74].

Hay, sin embargo, un punto muy importante que debe precisarse desde la perspectiva que interesa principalmente en este momento, es decir, desde el punto de vista de la forma en que las normas condicionan la individualización de los hechos destinados a ser objeto de prueba. El punto, quizás banal pero que merece ser subrayado, es que es necesario distinguir entre la forma en que las normas individualizan el hecho y el hecho mismo que es individualizado. Esto es, debe quedar claro que no sólo se habla del hecho cuando la norma emplea el lenguaje común —por decirlo así— «en estado puro» (admitido que esto suceda) y, por tanto, define un hecho hipotéticamente «bruto». También cuando la norma emplea el lenguaje jurídico y, por tanto, individualiza «hechos institucionales» o «hechos jurídicos» (en el sentido de que son necesarios conceptos jurídicos para establecer su significado), se hace siempre referencia a *hechos*, es decir, a ocurrencias del mundo extrajurídico cuya verificación es, en todo caso, condición para la aplicación de la norma al caso concreto[75]. Que el «daño» sea un concepto jurídico no excluye que determinadas circunstancias deban ser verificadas para que alguien tenga derecho al resarcimiento; del mismo modo, se puede sostener que no detenerse ante una señal de «Stop» es un hecho *law-laden*, pero esto no impide que lo que se castiga sea un comportamiento material. La mayoría de edad es un estatus jurídico, pero éste existe únicamente respecto de aquellos que nacieron antes de una determinada fecha. La ejemplificación podría continuar, pero estos casos obvios bastan para mostrar que también cuando la norma emplea conceptos indudablemente jurídicos para individualizar los hechos (o incluso desde el punto de vista de quien sostiene que las normas

74. Cf. Varga, *The Fact and its Approach*, cit., pp. 373 ss. En todo caso, se trataría de un hecho «bruto» sólo desde el punto de vista del lenguaje jurídico, pero no de forma absoluta; se podría decir de él, en efecto, que es *theory-laden* o *culture-laden* en referencia a los esquemas conceptuales no jurídicos que se usan para definirlo en el ámbito del lenguaje común.

75. Al respecto, v. en particular Peczenik, *op. cit.*, p. 234, donde se destaca que los hechos «institucionales» se individualizan identificando hechos «brutos» e interpretándolos mediante conceptos institucionales. Esto es, también los hechos institucionales son *hechos* y, como tales, tienen una base empírica pre o extra-institucional. En el mismo sentido, cf. Summers, *Comments*, cit., pp. 121 ss.

siempre individualizan hechos jurídicos) hay, en todo caso, *un hecho histórico* en la base de la aplicación de la norma[76].

No se puede decir, en consecuencia, que la referencia a la realidad extrajurídica exista sólo cuando la norma emplea el lenguaje común y no así cuando la norma emplea conceptos del lenguaje jurídico o, más aún, que nunca exista, si se sostiene que la individualización del hecho es siempre «jurídica».

En realidad, aquí el problema no es ontológico sino lingüístico, en el sentido de que el hecho material que fundamenta la aplicación de la norma puede ser individualizado con lenguajes distintos en función de si la norma utiliza o no (y de la forma en que lo haga) términos «prestados» del lenguaje común.

Esto no impide —como ya se ha destacado— que el hecho sea sólo el indicado por la norma y, por tanto, que sea individualizado en función del significado de la norma (es decir, en función de los criterios semánticos aplicables a la misma), pero esto significa únicamente que el hecho relevante puede ser *X* o *Y* según la forma en que la norma lo defina. No significa, en cambio, que no exista ningún hecho material relevante sólo porque la norma emplee el lenguaje jurídico para establecer en qué casos se verifican efectos jurídicos.

Así pues, la determinación del hecho jurídicamente relevante es un problema semántico, en el sentido en que se trata de establecer qué significa la norma en lo que se refiere a la individualización del hecho, es decir, cuál es el hecho que la norma define como presupuesto de su propia aplicación. En función del lenguaje empleado por la norma esta operación puede resultar más fácil o más difícil, más directa o más mediata, más intuitiva o más compleja, más «de sentido común» o más «técnico-jurídica». Obviamente, es más fácil y directa cuando la norma usa «conceptos fácticos» (por utilizar la expresión de Scarpelli) más próximos a la experiencia común y los formula con expresiones extraídas directamente del lenguaje común («muerte», «velocidad», «convivencia», etc.), mientras que es más compleja y mediata cuando el hecho es individualizado mediante lenguaje «jurídico» («daño grave», «hecho ilícito», «posesión», etc.) o cuando no está exactamente determinado (como sucede con las cláusulas generales). Lenguajes distintos requieren semánticas distintas y, obviamente, conducen a resultados interpretativos diferentes, es decir, a la individualización de hechos distintos, en función precisamente de las connotaciones que el problema interpretativo asuma en cada caso.

76. Incluso los teóricos de los «hechos institucionales» no excluyen este aspecto. Así por ejemplo Weinberger destaca que las técnicas definitorias típicas de los hechos «brutos» no agotan la definición de los hechos «institucionales», pero no excluye que también el hecho institucional tenga bases empíricas (v. *Facts and Fact-Descriptions*, cit., pp. 82 ss.).

Constatar la extrema variabilidad de los caracteres que la determinación del hecho puede asumir, en función del lenguaje utilizado por la norma, ofrece una confirmación adicional de la inaceptabilidad de la idea según la cual el concepto de «hecho jurídicamente relevante» es simple o, en cualquier caso, reducible a una unidad.

La misma constatación, sin embargo, conlleva el riesgo de disolver el problema que aquí se discute en la infinita variabilidad de los casos particulares, de los lenguajes y de sus posibles combinaciones, de las técnicas interpretativas y de las semióticas jurídicas y no jurídicas. El riesgo es que dentro de esta variabilidad se pierda de vista el «hecho» (o, mejor, «los hechos»), es decir, la circunstancia de que, en todo caso, la individualización del supuesto de hecho se realiza en sede de interpretación *en el proceso concreto*, a los efectos de establecer lo que debe ser probado en ese caso.

Una vez constatado que «el hecho» no es unitario, es conveniente buscar algún criterio orientativo que, al menos en alguna medida, reduzca su multiplicidad. Es obviamente absurdo prefijarse la construcción de una tipología coherente y completa de los «hechos» mismos. Pero puede resultar útil analizar alguna hipótesis particularmente relevante, aunque sólo sea para mostrar *per exempla* la complejidad —y también la importancia— de los problemas referidos a la determinación normativa del hecho.

2.3. *Hechos y enunciados sobre hechos*.–Las observaciones que preceden ponen en evidencia un aspecto del problema del «hecho» en el juicio que resulta obvio en muchos sentidos pero que, sin embargo, debe precisarse expresamente.

Cuando se habla de «construcción», «definición» o «identificación» del hecho, o de individualización del nivel de realidad o del grado de precisión en el que aquél es determinado[77], o también del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes[78], parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone que suceden en el mundo de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfe-

77. V., *supra*, apartado 2.1.
78. V., *supra*, apartado 2.2.

ra de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas[79]: no son los eventos del mundo real los que se «construyen», «definen» o «identifican», porque éstos, por decirlo así, «suceden» de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, *versiones* de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio.

En consecuencia, en el proceso «el hecho» es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado[80].

Se habla habitualmente de *descripciones* del hecho para referirse a la enunciación, la definición o la reconstrucción de un hecho[81] por parte de sujetos como el testigo, el juez o el legislador. Sin embargo, ésta es una fórmula fuertemente reductiva, que no se adopta siempre de forma rigurosa. En efecto, son muchas las formas en que un hecho es enunciado por un sujeto u otro y no todas ellas son descripciones en sentido estricto.

Así, por ejemplo, como se ha visto anteriormente[82] y se verá más ampliamente en las páginas que siguen, surgen problemas relevantes a propósito de las definiciones normativas de los hechos. Mientras que un testigo que narra un hecho lo describe como verdadero y otro tanto hace el juez que lo da por probado en la sentencia, no sucede lo mismo en las definiciones normativas de los hechos. Las normas no individualizan hechos para enunciar que éstos existen sino para decir que, si se verifica un hecho de un cierto tipo, se pueden producir determinadas consecuencias jurídicas. En la norma, la indicación del hecho es una prótasis, si se observa la estructura completa del enunciado normativo, no una afirmación acerca de la existencia del hecho[83]. Esto último, por otra parte, queda excluido por el hecho de que mientras que la enunciación fáctica del testigo o del juez se refiere a un hecho individual o específico, la norma se expresa en términos generales y abstractos, es

79. Cf. Landowski, *Verité et véridiction en droit*, en *Droit et société* 8, 1988, p. 48.
80. Exactamente en el mismo sentido, Varga, *The Fact and its Approach*, cit., p. 359; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 63. También Ubertis, *La ricerca de la verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pp. 9 ss.; Weinberger, *op. ult. cit.*, pp. 80-81, y White, *op. cit.*, p. 114.
81. Una descripción de hechos es todo aquello que se usa como aserción acerca de características del mundo real: cf. Weinberger, *op.* y *loc. ult. cit.*
82. V. apartado 1.
83. V., *supra*, capítulo I, 4.2.

decir, individualiza «clases de hechos» o «supuestos de hecho abstractos» y no hechos concretos. Sólo los hechos concretos pueden ser descritos como existentes en la realidad empírica, mientras que las clases de hechos o los supuestos de hecho abstractos pueden ser definidos o conjeturados, pero no propiamente descritos como datos empíricos. Es conocido, por otra parte, que uno de los problemas fundamentales del juicio afecta precisamente a las modalidades mediante las que se reconduce la descripción de un hecho empírico específico a un supuesto de hecho abstracto normativamente determinado[84].

Por otro lado, hablar de descripción de los hechos puede resultar reductivo porque la «construcción» o «individualización» de los hechos pueden no ser «descriptivas» en sentido estricto. En efecto, puede suceder que un hecho sea individualizado o definido sin hacer (exclusiva) referencia a las modalidades empíricas que lo individualizan como ocurrencia material, sino (también) a través de la definición de aspectos valorativos referidos al hecho o mediante calificaciones jurídicas (o «institucionales») de naturaleza diversa[85]. Esto sucede habitualmente en el lenguaje de las normas y de su interpretación, pero también en el lenguaje del juez, del abogado o del testigo. Por tanto, se puede hablar de descripciones de hechos en un sentido no riguroso, pero resulta útil tener en cuenta que no toda enunciación acerca de un hecho es una verdadera y estricta descripción[86]. Esto es, no todo enunciado que versa sobre un hecho pretende describirlo como un suceso que ha tenido lugar en el mundo de los fenómenos empíricos: no por casualidad, surgen problemas relevantes cuando, por ejemplo, es necesario distinguir entre la descripción y la valoración de un hecho a los efectos de establecer cuál es, propiamente, el objeto de la prueba de ese hecho[87].

Debe destacarse también que puede individualizarse el hecho de maneras muy distintas, tanto en el lenguaje común como, en particular, en el lenguaje de las normas y de sus respectivos supuestos de hecho. En efecto, puede variar el grado de analiticidad con el que es definido el hecho jurídicamente relevante, pero también el grado de precisión y determinación o de vaguedad, ambigüedad, *genericidad* o

84. Es el problema de la subsunción o, en cualquier caso, de la reconducción del hecho a la norma. Sobre este punto v., *supra*, apartado 2.1.
85. V., *supra*, apartado 2.2. Sobre la variedad de los enunciados acerca de los hechos v., en particular, Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, pp. 187 ss., 208 ss.
86. Sobre la inadecuación de los criterios normales de descripción cuando se trata de hechos «institucionales» v., en particular, Weinberger, *op. ult. cit.*, pp. 82 ss.
87. V., más ampliamente, *infra*, apartado 3.

indeterminación con el que las normas individualizan los hechos a los que se refieren[88]. Así, puede haber hechos «simples» o «complejos», «individuales» o «colectivos», «positivos» o «negativos», y así sucesivamente, según los criterios de clasificación que en cada momento se consideren preferibles[89].

Está claro que estas variaciones y tipologías no se refieren a los hechos, entendidos como ocurrencias empíricas, sino a las enunciaciones que versan sobre los hechos. No tiene sentido, por ejemplo, decir que un hecho empírico es simple o complejo, porque sólo puede ser simple o compleja su descripción en función del grado de analiticidad y de precisión de la descripción y de la extensión del «segmento de realidad» que aquélla identifica y define como «hecho»[90]. Así, hay «hechos» muy elementales o puntuales, como la pronunciación de una palabra por parte de un cierto sujeto en un momento determinado, y «hechos» muy amplios y complejos, como años de vida conyugal. Es obvio, por otra parte, que estas distinciones se refieren a la forma en que el hecho es definido y descrito, no a su realidad empírica. Con mayor razón, vale el mismo discurso cuando las variantes y tipologías no surgen desde el interior de las «descripciones» de los hechos en sentido estricto, sino que dependen del empleo de calificaciones no descriptivas, como en el caso de las enunciaciones que implican valoraciones o atribuciones de relevancia jurídica.

No hay, pues, nada «necesario» en ninguna definición o enunciación de hecho, independientemente del sujeto del que provenga. Todo enunciado fáctico es siempre uno entre muchos enunciados posibles acerca del mismo hecho[91], que es seleccionado y «preferido» respecto a los demás enunciados posibles en función de elementos del contexto en el que es empleado[92]: esto es, depende del sujeto que realiza la enunciación (definición, hipótesis, descripción, etc.), de los criterios que emplea para individualizar el hecho (grado de precisión, presencia o ausencia de valoración o de calificación jurídicas) y del lenguaje que se usa (común o jurídico, vago o preciso, etc.)[93].

88. Sobre estos conceptos cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 46 ss., 92 ss.; Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 114 ss.
89. V., *infra*, apartados 4, 5.1, 5.2, 5.3.
90. Sobre estos problemas v., más ampliamente, *supra*, apartado 2.
91. Cf. especialmente Goodman, *op. cit.*, pp. 130 ss.
92. V. una vez más Goodman, *op. cit.*, pp. 132 ss. y 164 ss.
93. Esto es así tanto respecto de los enunciados en sí mismos como respecto de las razones por las que éstos pueden ser distintos. Otra cosa es el problema de la elección entre enunciados diferentes, en cuyo caso puede entrar en juego el problema de la verdad (v., sobre este punto, *supra*, capítulo I, 2.1 y 4.1).

Del mismo modo, y sustancialmente por las mismas razones, debe descartarse que exista una definición o descripción de un hecho que pueda denominarse «buena» o «completa» *a priori*. Toda identificación o enunciación de un hecho es siempre relativa a los criterios que un determinado sujeto usa para realizarla, de forma que el verdadero problema concierne a la elección o al empleo de esos criterios, no a presuntas cualidades intrínsecas de la enunciación y mucho menos de los sucesos empíricos que constituyen su objeto. Toda definición o descripción de un hecho es, pues, relativa, convencional o «contextual»[94], pero esto vale para las enunciaciones normativas o, en general, para las calificaciones jurídicas de los hechos, en las que opera un criterio de selección representado por la relevancia jurídica del hecho. Esto es, del hecho sólo importan los aspectos que corresponden a su respectivo esquema legal; los otros aspectos, que también existen en el mundo real, no «existen» en el mundo jurídico simplemente porque «no interesan» desde el punto de vista del derecho[95].

En este contexto, debe hacerse una consideración adicional acerca de la «verdad de los hechos». Se han visto ya algunos aspectos del problema[96] y más adelante se presentará una posible solución[97]. Lo que aquí se quiere subrayar es que tampoco las calificaciones en términos de verdad/falsedad se aplican, obviamente, a los hechos entendidos como sucesos del mundo material, sino sólo a las enunciaciones que a ellos se refieren. Los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir *de ellos* que son verdaderos o falsos; sólo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos. En consecuencia, la «verdad del hecho» es únicamente una fórmula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho.

Por otra parte, debe destacarse que la verdad/falsedad no es propiamente predicable de todas las enunciaciones que, en el proceso, versan de alguna forma sobre hechos. Por un lado, es necesario en efecto considerar que no todas las enunciaciones relativas a hechos van acompañadas y son caracterizadas por «pretensiones de verdad»[98]. El

94. V., *supra*, capítulo I, 4.3 y, en particular, Varga, *The Fact and Its Approach*, cit., pp. 369 ss., 371.
95. Al respecto v., más ampliamente, *infra*, apartado 2.4.
96. V., *supra*, capítulo I, apartados 2 y 4.
97. V., *infra*, capítulos III y IV.
98. Sobre la pretensión de verdad correspondiente a actos lingüísticos que representan estados de cosas v. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione. Per una teoria pragmatica*

testigo que describe un hecho sostiene que dice la verdad y con ello califica como verdaderas sus propias declaraciones, y lo mismo sucede con el juez que sostiene que ha determinado el hecho. Sin embargo, es discutible si las enunciaciones fácticas realizadas por los abogados tienen realmente «pretensiones de verdad», aunque obviamente son presentadas como «verdaderas»[99], o si se trata más bien de hipótesis que deben someterse a control y confirmación mediante las pruebas. Por otra parte, está claro que no tienen «pretensiones de verdad» las determinaciones fácticas contenidas en las normas, ya que se trata de la definición de supuestos de hecho destinados a funcionar como criterios de selección y calificación, no de afirmaciones acerca de la existencia de circunstancias concretas. Por tanto, no se podrá hablar de la verdad de las definiciones normativas de los hechos y, en cambio, sí se podrá hablar de la verdad de los enunciados fácticos que pretenden ser verdaderos en la medida en que, precisamente, se presentan como descripciones verídicas de hechos concretos.

No todas las enunciaciones relativas a hechos pueden ser verdaderas o falsas, porque no todas son descripciones de hechos. En efecto, la descripción es típicamente la enunciación de un hecho realizada en términos que implican la referencia a algún criterio de verdad (habitualmente la correspondencia con algún evento del mundo real)[100]; así pues, la descripción puede ser verdadera o falsa en función de algún criterio de verdad. No se puede decir lo mismo de todas las enunciaciones que se refieren a hechos: por ejemplo, un enunciado valorativo (que exprese la valoración de un hecho) podrá ser fundado o infundado, compartible o no (en función de los valores a los que se refiera), pero no es en sí mismo verdadero o falso como sí lo es un enunciado descriptivo[101].

Si se toma en cuenta lo dicho resulta bastante evidente que es lícito hablar de «hechos», de «hechos verdaderos» o de «verdad de los hechos», así como de determinación o indeterminación de los hechos, de hechos negativos o positivos, simples o complejos, y así sucesivamente, con la condición que esas expresiones sean entendidas como abreviaciones lingüísticas. No es posible, en efecto, entender que se refieren a cosas o eventos del mundo real y que a esas cosas o eventos se refieren calificaciones como la verdad, la determinación, la complejidad y las demás que se han mencionado y que serán analizadas en las páginas siguientes. Es necesario, en cambio, considerar que las expresiones examinadas se pueden referir únicamente a las enunciaciones acerca de hechos y que sólo a nivel de las enunciaciones, y de las modalidades con las que *éstas* se refieren a los hechos, tienen sentido aquellas calificaciones.

Esto no significa que el problema de los hechos se plantee únicamente en las enunciaciones que versan sobre hechos o sólo en el ámbito de las normas que individualizan hechos, es decir, únicamente en el ámbito del lenguaje o de las narraciones, y que, por tanto, necesariamente deba abandonarse cualquier vinculación significativa con el mundo de las ocurrencias empíricas. Esta consecuencia podría darse sólo en el ámbito de perspectivas filosóficas radicalmente antirrealistas, que existen pero que no tienen que ser necesariamente compartidas[102]. Se trata sólo, muy simplemente, de no caer en la trampa del realismo ingenuo y de no atribuir a los sucesos del mundo real caracteres y propiedades que únicamente tienen sentido si se atribuyen a las enunciaciones acerca de hechos y no a los hechos sobre los que versan las enunciaciones. Esto vale en general, pero especialmente cuando se habla de enunciaciones que se realizan en el contexto del proceso.

2.4. *Hechos principales y hechos secundarios*.–Las consideraciones que preceden se han realizado con el punto de mira puesto en el problema de cómo se determinan los hechos por parte de las normas, aunque el tema de los enunciados fácticos es mucho más amplio y requiere ulteriores observaciones y distinciones acerca de la definición del «hecho» en el ámbito del proceso.

Entre estas observaciones y distinciones hay una que merece especial atención no sólo porque aparece muy a menudo en los discursos de los juristas que se ocupan de las pruebas, sino también porque reviste una importancia fundamental que no se corresponde siempre con una suficiente claridad de análisis y de definición.

Se trata de la distinción que identifica, por una parte, a los hechos que habitualmente se definen como «principales», «jurídicos», «jurídicamente relevantes» o «constitutivos» (y también extintivos, impeditivos o modificativos), a los efectos de subrayar la función jurídica de las circunstancias que se indican en la prótasis de la norma aplicable y que,

degli atti linguistici, Bologna, 1989, pp. 74 s., 104 ss., 175 ss., 276. Sobre las pretensiones de verdad de los hechos narrados en el proceso cf. Jackson, *Narrative Models*, cit., p. 246. Cf. también Landowski, *op. cit.*, pp. 51, 57.

99. Queda excluida cualquier pretensión de verdad en las *stories* narradas por los abogados si se tienen en cuanta las tácticas retóricas que usan para presentar sus versiones del caso; cf. al respecto Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss.

100. V., por todos, Weinberger, *op. cit.*, pp. 78 ss., 80-81.

101. Sobre las determinaciones valorativas de los hechos v., *infra*, apartado 3.

102. V., *supra*, capítulo I, 2.1.

por tanto, representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma. Como se ha visto ya, el supuesto de hecho abstracto definido por la norma opera como criterio de selección, dentro de un conjunto indiferenciado e indefinido de circunstancias, de los hechos relevantes para la aplicación de la norma[103].

El otro cuerno de la distinción está constituido por los hechos que habitualmente se denominan «secundarios» o «simples», que se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal.

Esta distinción es un lugar común muy difundido[104] que resulta útil a propósito de diversos problemas, como, por ejemplo, los que se refieren a la relevancia de los medios de prueba[105]. Sin embargo, aunque no carece de fundamento, es una distinción que implica una simplificación importante de los problemas que afectan a la identificación del hecho.

En realidad, si se observa cómo el hecho se identifica en el ámbito del proceso es fácil constatar que la distinción entre hechos principales y hechos secundarios no está siempre clara y, en cualquier caso, representa únicamente un aspecto de un problema más complejo[106].

El punto de partida está normalmente representado por la individualización de una «situación de hecho» que las partes, en especial la

103. V., *supra*, apartado 2.1.

104. Entre las muchas referencias que se podrían señalar al respecto, v., en particular, Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, reed. 1965, p. 266 [tr. cast., *Principios de derecho procesal civil*, a cargo de J. Casais, Madrid, 1977, t. I, pp. 335-336]; Carnelutti, *La prova civile*, Roma, ²1947, pp. 16 n. 2, 154 ss., 237 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 9 n. 10, 130 ss., 202 ss.]; Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, pp. 367 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, reed. 1974, I, pp. 342 ss.; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 26 ss., 39 ss.; Id., *Note in tema di giudizio di fatto*, cit., p. 40.

La distinción examinada equivale a la que se traza en la doctrina del *common law* entre *material* (o *primary* o *ultimate*) *facts* y *evidentiary* o *secondary* o *circumstantial facts*. Esta distinción es también un lugar común muy difundido sobre el que puede verse, por ejemplo, Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 88 ss.; Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, pp. 141 ss.; Rothstein, *Evidence. State and Federal Rules*, St. Paul, Minn., 1981, pp. 3 ss.

105. V., por ejemplo, Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss., 27 ss., 52 ss.

106. No se realizará aquí un análisis de las vicisitudes del «hecho» en el proceso. Se mencionarán sintéticamente, en cambio, algunos aspectos que permiten mostrar los contornos problemáticos de la distinción en cuestión.

actora, sitúan en la base de la controversia. Las respectivas alegaciones pueden estar configuradas de distintas formas por las normas que regulan la demanda y la contestación, de modo que pueden estar previstos grados distintos de precisión y de completud en la indicación de los hechos, incluso en función de la posibilidad o exclusión de integraciones sucesivas[107]. No hay duda, sin embargo, de que las alegaciones están, en cualquier caso, constituidas por una serie más o menos amplia de enunciados relativos a circunstancias de hecho que afirman la verdad o falsedad de los mismos[108]. El conjunto de esos enunciados presupone una situación de hecho y selecciona algunos aspectos de la misma que las partes consideran relevantes; obviamente, la situación de hecho no es descrita completamente por aquel conjunto (lo que, además de innecesario, resultaría imposible), pero sí es individualizada —de forma más o menos sumaria y parcial— sobre la base de algunos de sus aspectos que se consideran importantes.

A pesar de la *genericidad* y las lagunas que puede presentar, esta individualización del «hecho» sirve, en cualquier caso (al menos tendencialmente), para conjeturar la aplicabilidad de una norma al caso concreto. Esto es lo que realizan las partes en sus alegaciones (haciendo eventualmente referencia a normas distintas) y lo que realiza el juez en el momento en que —como suele decirse— determina el *nomen iuris* correcto a atribuir a la relación controvertida.

Se ponen así en evidencia dos «tipos» de hecho: el primer tipo está representado por las circunstancias del mundo material sobre las que versan las alegaciones; el segundo tipo está representado por el «supuesto de hecho» delineado por la norma que se conjetura aplicable. El primer tipo de «hecho» consta de enunciados que versan sobre eventos concretos y particulares que se sostiene que han ocurrido con ciertas modalidades materiales. El segundo tipo de «hecho» consta de una identificación realizada en términos generales, es decir, referida a una clase o categoría de hechos: se trata de un criterio de atribución de relevancia jurídica y, por tanto, de *selección* de las circunstancias fác-

107. Todo ello remite a un tema extremadamente complejo que no puede ser afrontado aquí: la naturaleza y los requisitos de las alegaciones de los hechos en la demanda y la contestación, así como sus efectos y el eventual régimen de preclusiones relativas a aquellas alegaciones. Sobre la función de la alegación de los hechos v., entre lo más reciente, Comoglio, *Allegazione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, vol. I, Torino, 1987, pp. 272 ss. Cf. además, Cerino Canova, *Commento agli artt. 163-174 cod. proc. civ.*, en *Commentario al Codice di procedura Civile* dirigido por E. Allorio, cit., 2.1, p. 277 de la separata, e Id., *La domanda giudiziale e il suo contenuto, ivi*, pp. 129 ss. de la separata; Cappelletti, *op. cit.*, I, pp. 48 ss., 77 ss., 318 ss., 339 ss.

108. Cf. Comoglio, *op. cit.*, p. 274.

ticas que asumen significado a los efectos de la eventual aplicación de la norma.

Este criterio de selección es aplicado por el juez al conjunto de enunciados relativos a los hechos empíricos que constituyen el contenido de las alegaciones iniciales[109]. Puede suceder que esta operación no produzca resultados, es decir, que ninguna circunstancia alegada se corresponda con la definición general contenida en la norma: en este caso, aquella norma no es aplicable a esa situación de hecho y resulta necesario conjeturar la aplicación de otra norma. En cambio, si aquella operación tiene resultados positivos, significa que en la situación alegada existen hechos jurídicamente relevantes según aquella norma. Se trata, precisamente, de los hechos principales de los que se ha hablado anteriormente[110].

En realidad, se trata sólo de *conjeturas* acerca de la situación de hecho y de la posible aplicación de una norma a esa situación: los hechos concretos son únicamente alegados, es decir, «afirmados» como verdaderos, pero no han sido todavía «determinados» como verdaderos. Las operaciones recién descritas son útiles precisamente para establecer qué hechos deben ser probados en juicio para que la controversia pueda ser decidida según aquella norma específica.

En un primer sentido, entonces, el «hecho principal» equivale, en realidad, a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación.

En un segundo sentido, el «hecho principal» equivale a la conjetura verificada, es decir, a la situación que se obtiene como resultado de la decisión cuando ese hecho está probado (esto es, cuando la correspondiente afirmación está confirmada por las pruebas). En ese sentido, el hecho principal opera como presupuesto de la decisión en el derecho.

Planteado el hecho principal como hipótesis de decisión a verificar mediante las pruebas, la atención puede volverse hacia las otras circunstancias que componen la situación alegada o que, de algún modo, están vinculadas con ella. Esas circunstancias no pueden ser analíticamente predeterminadas, ni son tampoco predeterminables, ya que ninguna situación de hecho puede ser descrita completamente (a causa de la descomponibilidad tendencialmente ilimitada del mundo)[111]. Sin embargo, se recurre a ellas cuando resulta necesario, individualizándolas en cada caso según criterios de utilidad y significación.

109. Pueden verse análisis detallados de este aspecto del juicio en Hruschka, *op. cit.*, pp. 46 ss., 58 ss.; Holdcroft, *op. cit.*, pp. 127 ss.; Zuckerman, *Relevance in Legal Proceedings*, en *Facts in Law*, cit., pp. 145 ss. V. también Taruffo, *Studi*, cit., pp. 46 ss., 52 ss.; Varga, *The Mental Transformation*, cit., pp. 63 ss.; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 6 ss.

110. Sobre las modalidades de determinación de la relevancia jurídica del hecho v., más ampliamente, *supra*, apartado 2.1, además de las referencias indicadas en la nota precedente.

Respecto a este conjunto indeterminado y eventual de circunstancias, la hipótesis sobre el hecho principal puede funcionar a su vez como criterio de selección. Es decir, puede suceder que entre las circunstancias de la situación haya algunas que, una vez conocidas o determinadas como verdaderas, puedan ser empleadas como premisas de inferencias cuya conclusión verse sobre la existencia o inexistencia del hecho principal[112]. La selección se realiza, pues, sobre la base de la hipótesis de que este hecho exista, por medio de los criterios de formulación de posibles inferencias (o bien, inversamente, supuesta una circunstancia se trata de ver si existe una posible inferencia que concluya diciendo algo sobre el hecho principal). Si la selección tiene algún resultado positivo, se habrá identificado una circunstancia de hecho que será *lógicamente relevante* para la determinación del hecho principal y que, por tanto, podrá ser usada como elemento para la prueba inferencial de este último[113]. Las circunstancias de hecho que presentan esas características se denominan «hechos secundarios». Respecto de ellas, debe observarse que se trata de una categoría que es homogénea sólo negativamente, es decir, únicamente en la medida en que comprende hechos no principales: a ese nivel, en efecto, queda indeterminado el tipo de inferencia que califica al hecho secundario como posible elemento de prueba. Queda, pues, entre paréntesis la posible *variedad de los hechos secundarios*, que puede determinarse, por ejemplo, en función de la diversa incidencia que éstos pueden tener sobre la prueba del hecho principal (es decir, en función de la distinta eficacia probatoria de esos hechos, que, a su vez, está vinculada con los distintos tipos de inferencias probatorias que aquéllos permiten formular).

Queda aún una ulterior categoría de «hechos», en la que se incluyen todas aquellas circunstancias que pertenecen empírica o históricamente a la situación de hecho controvertida, pero que —sobre la base de los criterios aplicados— resultan jurídica o lógicamente irrelevantes, dado que no integran ningún hecho principal y tampoco resultan

111. V., *supra*, apartados 2.1 y 2.3.

112. Sobre la estructura lógica y la tipología de estas inferencias v., más ampliamente, *infra*, capítulo III, 3 y 4; capítulo V, 2, 3 y 4.

113. Sobre la relevancia lógica cf. Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss., 54 ss., 128 ss., 163 ss., 247 ss.; Pizzi, *op. cit.*, pp. 13 ss.

útiles a los efectos probatorios que caracterizan el hecho secundario. Precisamente porque son irrelevantes, estas circunstancias no están destinadas a desarrollar papel alguno en la decisión de la controversia y, por esta razón, normalmente no son tomadas en cuenta[114].

En cambio, parece evidente que esta última categoría de «hechos» debe ser tomada en cuenta, al menos, para un análisis fáctico completo de la controversia. Su irrelevancia, en efecto, es estrictamente relativa a los criterios de relevancia que se usan en el análisis y en la construcción del «caso»: basta conjeturar la aplicación de una norma distinta a la misma situación de hecho para encontrar la posibilidad de que una circunstancia que de otro modo era irrelevante pase a ser calificada como «hecho principal» o desarrolle el papel de «hecho secundario» relevante en el plano probatorio. En un cierto sentido, se puede decir entonces que el conjunto indeterminado y residual de las circunstancias irrelevantes es, en realidad, una especie de «reserva de hechos» potencialmente relevantes, a la que se puede recurrir (o que, en cualquier caso, entra en juego) en el momento en que se da un cambio en el criterio de relevancia, es decir, en la norma que se usa como sistema de referencia para el análisis del caso concreto.

Resulta intuitivo, por otra parte, que la clasificación que ha sido trazada (supuesto de hecho abstracto — hecho principal — hecho secundario — hecho irrelevante) debe ser entendida en sentido dinámico una vez que se sitúa en el contexto del proceso. Por un lado, en efecto, la clasificación puede presentarse en distintas versiones y, por tanto, con distintos contenidos en cuanto a los hechos calificados como jurídica y lógicamente irrelevantes, desde el punto de vista del actor, del demandado y del juez. En este sentido, se puede decir que la identificación de los hechos en el proceso deriva de una suerte de síntesis de las distintas versiones que aquélla puede tener: dado que la versión final y «definitiva» es aquella que el juez adopta en su decisión, ésta es en realidad el resultado final de una compleja dinámica que en el curso del proceso asume distintos enfoques (en todo o en parte, según los

114. Obsérvese que esta categoría puede incluir indistintamente hechos alegados y no alegados. En cuanto a los hechos alegados, se incluyen en la categoría examinada si resultan excluidos del conjunto de los hechos jurídicamente relevantes y también del conjunto de los hechos lógicamente relevantes. Su alegación produce que estén sujetos a los criterios de relevancia, pero esto no es obviamente suficiente para demostrar que son realmente relevantes (jurídica y lógicamente) para la decisión. En cuanto a los hechos no alegados, al no ser introducidos en el proceso quedan tendencialmente «más allá del horizonte» de los hechos que el juez toma en consideración; sin embargo, esos hechos existen en el mundo de las ocurrencias reales y forman parte en todo caso de la situación de hecho a la que el proceso se refiere.

casos) del problema del hecho[115]. Las tesis del actor y del demandado pueden divergir no sólo por ser de signo opuesto acerca de la misma versión de los hechos y de las normas aplicables, sino también —como sucede a menudo— porque cada una de ellas presente una versión distinta de la situación de hecho (sobre la base de la misma o de distintas hipótesis normativas de calificación de los hechos).

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta que ninguna versión de los hechos, con sus respectivas calificaciones normativas, está dada *a priori* en el proceso y de una vez por todas. Como puede observarse fácilmente examinando el procedimiento de formación de la decisión, la relación hecho/norma es compleja y dinámica, y está sujeta a variaciones, ajustes y «concreciones» que dependen también de la lógica interna de esa relación y de las elecciones que su formulación implica, además de la propia dinámica del proceso[116].

Otro tipo de problemas se refiere al hecho de que la clasificación mencionada, y también la distinción entre hecho principal/hecho secundario que en ella se incluye, no siempre se presenta (o es aplicable) de forma clara y completa.

Por un lado, puede suceder que el supuesto de hecho abstracto esté indeterminado en uno o más de los elementos que sirven para calificar en términos generales el hecho jurídicamente relevante. Esto no significa que la norma no pueda funcionar como criterio de individualización de los «hechos principales», pero implica que lo haga a través de una operación en la que las elecciones del juez, y también las peculiaridades de la situación concreta, tienen un papel mucho mayor respecto a los casos en los que la norma determina el supuesto de hecho de forma explícita, clara y completa[117].

Por otro lado, puede suceder que el «hecho principal» esté individualizado sólo formalmente pero no en términos de correspondencia concreta y efectiva con hechos empíricos pertenecientes a la situación controvertida. En algunas hipótesis, por ejemplo, el «hecho negativo»

115. Al respecto, cf. una vez más el análisis de Hruschka, *op. cit.*, *locc. ultt. citt.*, y también Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss., 5 ss., y *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 63 ss.

116. V., *supra*, apartado 2.1, también para otras referencias.

117. El supuesto más evidente es aquel en el que hay normas que contienen cláusulas generales, conceptos indeterminados o estándars. Sobre los problemas de la decisión en esos casos cf. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, pp. 161 ss.; Wróblewski, *Les standards juridiques: problèmes théoriques de la legislation et de l'application du droit*, en *Droit prospectif. Cahiers de Méthodologie Juridique* 4, 1988, pp. 847 ss.; Orianne, *Les standards et les pouvoirs du juge*, *ivi*, pp. 1037 ss.; Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, *ivi*, pp. 1069 ss.

o el «hecho complejo» no son determinables directamente como eventos específicos pertenecientes a la realidad empírica del mismo modo en que esto sucede para el hecho simple y positivamente determinado. En estos casos, el hecho jurídicamente relevante es únicamente individualizable (al menos en parte) como esquema formal, como enunciación no directamente descriptiva de un correlato empírico específico. El hecho principal es individualizado más bien realizando una especie de síntesis entre el supuesto de hecho abstracto definido por la norma en términos generales y las consecuencias derivables de *otros* hechos que pueden ser asumidas como premisa: se podrá decir que el hecho principal «existe», incluso si no es, en realidad, un evento concreto empíricamente determinado, si, y en la medida en que, esas premisas se correspondan con el esquema abstracto de la norma[118].

En casos de este tipo la distinción elemental entre hecho principal y hecho secundario entra en crisis y puede acabar resultando más molesta que útil. ¿El evento que no está determinado por la norma pero está sujeto a la valoración que aquélla prevé (por ejemplo un hecho *X*, definido como contrario a las buenas costumbres) es un hecho principal o secundario? Probablemente se definirá como principal, porque es objeto de prueba y no sirve para probar otro hecho, pero entonces estamos ante un hecho principal que no es directamente calificado como tal por una norma[119]. ¿Los eventos que constituyen el inicio y el fin de los veinte años de posesión de un bien son hechos principales o secundarios? ¿Son principales, en la medida en que son «partes» del supuesto de hecho posesorio, o secundarios, en cuanto que a partir de ellos se puede derivar la duración intermedia de la posesión, o son ambas cosas (es decir, en realidad, ninguna de ellas)? Del mismo modo, ¿el daño sufrido por algunos sujetos a causa de un evento desastroso[120] forma parte del «hecho principal» o es también un hecho secundario, porque sirve para probar el hecho principal, o más bien es «principal» para algunos sujetos y «secundario» para otros?

La ejemplificación podría continuar, pero estos pocos supuestos son probablemente suficientes para mostrar que también la distinción tradicional entre hecho principal y hecho secundario es en realidad aplicable sólo si se parte de la hipótesis del hecho simple, clara y positivamente determinado; en cambio, pierde toda eficacia heurística y

118. V., *infra*, apartado 5.3.
119. Sobre los hechos valorativamente determinados y sus respectivos problemas v., *infra*, apartado 3.
120. Para este supuesto de «hecho colectivo» v., *infra*, apartado 5.2.

descriptiva a medida que se aleja de esta hipótesis para afrontar situaciones más complejas.

Por último, vale la pena subrayar que lo que resulta excluido por la aplicación de los criterios de relevancia jurídica y lógica tampoco es, en realidad, absolutamente indiferente respecto del proceso. Por un lado, como ya se ha dicho, circunstancias irrelevantes pueden convertirse en relevantes cuando por alguna razón cambia el criterio mediante el que se establece la relevancia. Dado que estos criterios son distintos en las diversas versiones del «caso» que surgen en el proceso y pueden, además, variar dentro de la misma perspectiva respecto de la controversia, resulta que la categoría de las circunstancias irrelevantes es una categoría «móvil» y de ninguna manera «vacía». Por otro lado, también hay que tener en cuenta que forman parte de esta categoría numerosas circunstancias que no son irrelevantes porque carezcan de interés para el caso, sino sólo porque (y en la medida en que) son consideradas como presupuestos obvios y no discutidos o como asunciones de fondo que se sitúan en el *background* de los hechos que están en discusión. Así, por ejemplo, aunque en el momento y en el lugar en que ocurrió un evento había temperatura, puede suceder que ésta sea irrelevante. Que esto sea así quiere decir simplemente que se presume que la temperatura era «normal» y que no incidió de ningún modo en la ocurrencia del evento. Sin embargo, basta poner en duda una de estas asunciones implícitas para volver problemática, y por tanto relevante, la circunstancia en cuestión.

Del mismo modo, hay muchas premisas generales implícitas que se sitúan —por decirlo así— «en el fondo» de los hechos relevantes y que no entran, por tanto, directamente en la reconstrucción del supuesto de hecho aunque están en la base del mismo. Se trata de cuestiones de la naturaleza más variada, como las que se refieren a la existencia y a la continuidad del mundo físico y la posibilidad de percibirlo, la «normalidad» de los comportamientos más diversos, nociones arquetípicas relativas a los más diversos objetos, etc.[121]. Así, se consideran circunstancias irrelevantes muchísimos factores cognoscitivos, conceptos, nociones y perspectivas culturales que, en realidad, son indispensables para cualquier reconstrucción de un hecho pero que no están «en primer plano» únicamente porque (y en la medida en que) no se ponen en discusión. Se trata de lo que podríamos denominar el contexto implícito de la reconstrucción del hecho, que determina su modalidad y presupuestos incluso si no es explicitado y problematizado. Esto mues-

121. Sobre el papel de estas conjeturas sobre la realidad v. Villa, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 207 ss.

tra, por si aún fuera necesario hacerlo, que la noción de relevancia y, especialmente, la de irrelevancia, son intrínsecamente relativas y variables en función de cómo se define la naturaleza y el horizonte del problema de la determinación del hecho en el proceso.

3. *La identificación valorativa del hecho*.–Una de las formas más importantes de individualizar el hecho por parte de las normas consiste, para usar la definición de Wróblewski, que ha analizado particularmente este fenómeno, en la «identificación valorativa» del hecho[122]. Ésta se produce cuando la prótasis de la norma no se define usando términos «descriptivos» o «fácticos», o no sólo mediante estos términos, sino apoyándose en el uso de términos «valorativos».

Esto presupone evidentemente que se acepta la discutida distinción entre hecho y valor y, por tanto, entre descripción y valoración, no sólo en el plano ontológico sino también en el lógico y el lingüístico[123]. Las razones para aceptar esta distinción (y los argumentos para rechazarla) no pueden ser discutidas aquí, aunque sólo sea porque se trata de un problema que va mucho más allá de los objetivos de este análisis[124]. En todo caso, puede ser empleada como instrumento heurístico, es decir, a los efectos de destacar algunas peculiaridades de una forma particular de individualización del «hecho».

La forma más elemental mediante la que una norma determina valorativamente un hecho consiste en no configurarlo como jurídicamente relevante en sí mismo, sino sólo en la medida en que se sitúe en un contexto —determinado o indeterminado— de valores. La relevancia jurídica del hecho depende esencialmente de su valoración, como sucede, por ejemplo, cuando se habla de «daño grave», de «justa causa», de «conducta reprobable», de «administración correcta», de «convivencia intolerable», etc.

Resulta fácil señalar, frente a normas que vinculan consecuencias jurídicas a «hechos» así definidos, que postulan algo más que la pura y

122. Cf., principalmente, Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth*, cit., pp. 108 ss. Sobre la incidencia de los juicios de valor en la determinación del hecho v. también Taruffo, *Value Judgments in the Judgment of Fact*, en *Archivium Juridicum Cracoviense* XVI, 1985, pp. 45 ss.

123. Para una reformulación del problema cf. Putnam, *Razón, verdad e historia*, cit., pp. 132 ss., 199 ss. Id., *Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore*, en *Livelli di realtà*, cit., pp. 39 ss.

124. Es suficiente aquí con adherirse a las argumentaciones desarroladas por Scarpelli en *Etica senza verità*, Bologna, 1982, especialmente pp. 97 ss., 115 ss. Cf. en cualquier caso también Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969, y, entre lo más reciente, sobre la «gran división», la síntesis de Jori y Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pp. 154 ss.

simple existencia de un hecho en el sentido propio del término. Postulan, en realidad, la existencia de hechos, comportamientos o estados de cosas (el daño, la conducta, la administración, la convivencia), pero vinculan su relevancia jurídica al resultado de una valoración[125]. No cualquier daño es relevante sino sólo el daño «grave»; no importa la convivencia por sí misma, sino su carácter de «intolerable», etc.

En casos como éstos, decir que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación *compleja*, ya que, en realidad, está formada de dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración[126]. Así, por ejemplo, una afirma que se ha producido un cierto daño, y otra que ese daño es grave.

Esta distinción tiene una importancia decisiva desde el punto de vista de la individualización de aquello que constituye el objeto de la prueba. Si es verdad que la prueba versa sobre hechos, esto significa que, en realidad, tiende a establecer la verdad o falsedad de proposiciones que describen hechos[127]; pero esto significa también que no puede establecer o «demostrar» juicios de valor acerca de hechos. Ciertamente, una cosa es probar que el hecho (el «daño») se ha producido realmente y otra es establecer que se trata de un daño grave.

En otras palabras, sólo puede ser objeto de prueba la enunciación *descriptiva* referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación *valorativa* que califica esa ocurrencia de una determinada forma.

Aquello que puede y debe ser probado es que, en determinadas circunstancias, se ha producido un daño; además, dado que la valoración requerida por la norma es de tipo cuantitativo, puede y debe ser probado el monto del daño. Por decirlo así, el objeto de prueba es la *base empírica* de la valoración conjeturada por la norma, es decir, el «hecho material» que no ha sido aún sometido a valoración. Para poder decir que se ha producido un daño grave es necesario establecer (y éste es un problema de prueba) que Ticio ha sufrido en el caso en cuestión un daño de 1.000[128]; y siendo éste el «hecho» probado, el juez

125. Cf. Wróblewski, *op. ult. cit.*, pp. 112 s.

126. Cf. Wróblewski, *ibid.*.

127. V., *supra*, apartado 2.3.

128. Obviamente, también la determinación monetaria de la cantidad del daño implica una valoración según una determinada escala de valores. La cantidad en cuestión puede considerarse, no obstante, «objetivamente determinada», al menos a los efectos del discurso que se desarrolla en el texto, ya sea porque puede ser el resultado de parámetros relativamente fijos (como, por ejemplo, los índices ISTAT para la desvaloriza-

deberá posteriormente establecer si un daño de 1.000 es o no grave según algún parámetro aceptable de referencia (y éste es un problema de «juicio de valor» que el juez formula sobre el hecho previamente determinado).

La distinción entre enunciado descriptivo (que individualiza el objeto de la prueba) y enunciado valorativo (que implica la valoración del hecho probado) es esencial para analizar la complejidad de la determinación valorativa del hecho por parte de las normas y para distinguir dentro de ella lo que pertenece y lo que es extraño a la problemática de la prueba de los hechos.

Por otra parte, la determinación valorativa del hecho produce algunos problemas ulteriores, que vale la pena reseñar aquí, aunque sólo sea con el objetivo limitado de delinear su incidencia sobre la individualización del hecho destinado a constituir un posible objeto de prueba.

Un primer tipo de cuestiones está referido al juicio de valor implicado por la norma en el momento en que ésta define su propia prótasis y a las consecuencias que éste tiene sobre la identificación del hecho.

Por un lado, es útil recordar que todo juicio de valor, entendido en sentido racional, es relativo a un sistema de valores que es asumido como base y contexto de valoración y que constituye la premisa para una posible justificación del juicio de valor[129]. Los sistemas de valores (o incluso, si se quiere, los parámetros valorativos no sistematizados) son, obviamente, diversos, de forma que parece evidente que la valoración implicada por la norma puede tener resultados distintos, aun siendo idéntico el hecho determinado, en función del parámetro (o del sistema) de valoración que se aplique.

ción), ya sea porque puede ser probada, por ejemplo, mediante documentos o establecida con medios y criterios «técnicos», por ejemplo, mediante un dictamen técnico. [Los índices ISTAT eran tablas elaboradas anualmente por el Instituto nacional de estadística italiano sobre las tasas de desvalorización de la lira. Estas tablas se usaban normalmente para determinar la «revalorización» de los créditos, que se añadía a los intereses legales. Además, según lo establecido por el artículo 150 disp. att. cod. proc. civ. it., en las causas laborales el juez debe usar esas tablas para «revalorizar» el monto de los créditos del trabajador. *N. del T.*]

129. La tesis de fondo que aquí se asume como válida, obviamente sin discutirla detalladamente, es que los juicios de valor pueden ser justificados mediante argumentaciones racionales o, al menos, razonables. Sobre esta tesis y sobre la estructura lógica de la justificación de los juicios de valor v., en particular, Peczenik, *Why Should Value Statements Be Rational?*, en *Reason in Law*, I, cit., pp. 107 ss. Cf., además, Aarnio, *op. cit.*, pp. 204 ss.; Wróblewski, *Justification through Principles and Justification through Consequences*, en *Reason in Law*, cit., pp. 132 ss.; Jørgensen, *Motive and Justification in Legal Decision-Making*, *ivi*, pp. 335 ss.; Larenz, *op. cit.*, p. 276 [tr. cast., *op. cit.*, p. 286]; Taruffo, *Value Judgements*, cit., pp. 49 ss.

En este sentido, una variable de crucial importancia está constituida por la actitud y las elecciones de quien típicamente formula las valoraciones en cuestión, es decir, del juez. Más allá de la teórica pluralidad de los parámetros o sistemas de valor que, en abstracto, podrían referirse al hecho específico, su valoración concreta depende del parámetro que el juez adopte a los efectos de establecer si, dado el hecho *H*, éste tiene o no el valor *V* que la norma pone como condición para su relevancia jurídica. En el contexto de esta «elección del criterio de valoración» destaca, por ejemplo, el hecho de que el juez decida aplicar los parámetros difundidos en un determinado ambiente social o bien decida aplicar los criterios de valoración que él mismo considere justos o, por último, considere oportuno receptar las valoraciones de otros sujetos específicos (por ejemplo las partes)[130]. Esta elección es decisiva porque a menudo las normas que identifican valorativamente los hechos no establecen a qué sistema o parámetro de valor debe remitirse el juez para valorar el hecho. Obviamente, esto no significa que siempre, en todo caso concreto, el juez sea completamente libre de escoger el sistema de valores con el que orientar sus propias valoraciones, ya que también entran en juego otros criterios y factores determinantes en el plano de las elecciones de los valores a emplear como parámetros de juicio[131]. Lo anterior no quita que a menudo la norma que identifica valorativamente un hecho sea «abierta» y deje «en blanco» precisamente la individualización del parámetro valorativo que el juez debe aplicar para valorar el hecho en el caso concreto[132].

Hay, sin embargo, un aspecto bajo el cual estas normas inciden en la identificación del hecho por la forma en que configuran su valoración. En resumen, el *tipo* de valoración al que aquéllas hacen referencia (incluso si el parámetro valorativo queda «en blanco») determina las características (o, al menos, algunas de ellas) que el «hecho probado» deberá tener. Volvamos al ejemplo del daño grave. Normalmente, las normas que se refieren a la gravedad del daño no especifican el parámetro sobre la base del cual deberá ser valorada, de forma que el

130. Para un análisis de estas diversas posibilidades cf. Taruffo, *La giustificazione*, cit., pp. 161 ss., e *ivi* ulteriores referencias.

131. Queda siempre la obligación del juez de justificar su propia valoración, haciéndola controlable desde el exterior, es decir, enunciando explícitamente las razones que la justifican. Sobre las formas de esta justificación y sus respectivos problemas v. la referencia indicada en la nota precedente.

132. Son de este tipo, en efecto, casi todos los ejemplos de normas «vagas»: v. un amplio y significativo elenco en Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 299 ss. Para la definición de la «vaguedad socialmente típica» que afecta precisamente a los términos valorativos empleados por las normas v., *ibid.*, pp. 302 ss.

juez tiene al respecto un cierto margen de elección (por ejemplo, entre hacer referencia a las condiciones específicas del sujeto dañado o a criterios «medios» de valoración existentes en un determinado ambiente social en un cierto momento)[133]. Sin embargo, esas normas determinan el *tipo* de valoración, que, en el caso del daño, resulta ser *cuantitativa*, dado que la «gravedad» se sitúa en una escala de valores de cantidad (al menos en un sistema que conceda derecho al resarcimiento únicamente por el daño económicamente valorable y, por tanto, en el ámbito de un sistema axiológico específico)[134]. Esto importa también a los efectos de la individualización del hecho que ha de ser probado porque lleva a identificar al menos una característica que el hecho debe tener para poder ser valorado en el sentido establecido por la norma: esta característica es la cantidad, la *medida* del daño[135]. Es obvio, en efecto, que sólo un daño cuantificado puede ser considerado «grave» según algún parámetro cuantitativo; a un daño (efectivamente existente pero) no cuantificado no podrá serle aplicada la norma que presupone un daño *grave*.

Tomemos en consideración una vez más el ejemplo de las «convivencia intolerable», dejando por ahora entre paréntesis *de quién* son los criterios en función de los que hay que valorar la intolerabilidad (de la sociedad, del juez, del cónyuge que solicita la separación)[136]. Está claro que el *tipo* de valoración que se conjetura es determinante a los efectos de establecer qué hechos deben ser probados. Por un lado, la valoración de intolerabilidad debe referirse a una base fáctica específica, dado que de otra forma sería una actitud moralista carente de contenidos concretos; pero, por otro lado, es también claro que el hecho a probar no puede ser toda la convivencia entre los cónyuges, en su desarrollo temporal y con la infinidad de hechos, eventos y circunstancias de los que está compuesta. Al respecto, es necesario un *criterio de selección* que permita establecer cuáles de estos hechos deben ser probados por ser relevantes a los efectos de la eventual aplicación de la norma: este criterio es evidentemente la intolerabilidad. Así, el «hecho» está constituido por el conjunto de circunstancias específicas (no directamente identificadas por la norma) que, si son probadas, pueden hacer considerar como intolerable la convivencia de los cónyuges según algún parámetro de intolerabilidad. En resumen, es el *tipo de valoración* al que la norma se refiere el que determina qué hechos (o qué circunstancias específicas de un hecho complejo) deben ser probados para que una norma sea aplicable, y no la valoración concreta (que será formulada por el juez sobre los hechos determinados según los parámetros valorativos que el propio juez escoja). Es obvio, en efecto, que una convivencia no puede ser considerada intolerable si no emergen de ella circunstancias de hecho que le hagan aplicable algún criterio de intolerabilidad. Si faltan estas circunstancias se podrá decir que esa convivencia es «tolerable», en el sentido de que «no es intolerable», esto es, en el sentido de que no puede ser valorada como tal según criterios de intolerabilidad. Son precisamente esos criterios, en cambio, los que indican qué *tipos* de circunstancias deberían emerger para que se disponga de la «base de hecho» sobre la que realizar la valoración requerida por la norma.

133. Sobre los problemas relativos a la elección de los criterios con los que integrar la valoración «vaga» v., ampliamente, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 319 ss., 322 ss., 325 ss., y Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 161 ss., 168 ss.

134. Sobre los problemas inherentes a la individualización del daño resarcible v., en particular, Salvi, *La responsabilità civile*, I, Perugia, 1988, pp. 43 ss., y la documentación incluida *ivi*, III, pp. 1 ss., 12 ss., 374 ss.; Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 643 ss., 650; Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, *ivi*, 1989, pp. 539 ss.; Manuali, *Problemi di risarcimento del danno non patrimoniale nella giurisprudenza*, *ivi*, 1988, pp. 167 ss.

135. V., *supra*, nota 129.

136. Para un análisis de este ejemplo, cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 168; Maccormick, *On Reasonableness*, en *Les notions à contenu variable en droit*, pub. por Ch. Perelman y R. van der Elst, Bruxelles, 1984, pp. 141 ss.

La situación en este caso es distinta de la que se presentaba para el caso del «daño grave», donde la referencia a la gravedad permitía individualizar bastante unívocamente la medida del daño como característica relevante del hecho. Aquí, la individualización de aquello que puede hacer intolerable una convivencia es una operación mucho más compleja y vinculada a las peculiaridades, incluso subjetivas, del caso concreto. Ambas situaciones, sin embargo, ejemplifican, precisamente porque son distintas, la pluralidad de formas en las que el tipo de valoración al que la norma se refiere incide sobre la individualización específica del hecho que debe ser probado. Esta valoración, en realidad, constituye una suerte de término medio entre el hecho empírico y el supuesto de hecho configurado por la norma y funciona como criterio de relevancia jurídica del hecho, dado que el hecho empírico es asumido en el supuesto de hecho normativo *en la medida* en que es valorado según ciertos parámetros axiológicos. Se trata, pues, de un criterio de calificación del hecho que asume una importancia particular por su peculiar naturaleza (valorativa), pero que precisamente en la medida en que es un criterio de calificación opera como parámetro de individualización de los hechos empíricos que deben ser probados para que la norma sea aplicable al caso concreto.

Un segundo tipo de problemas, ya evocado en parte en las consideraciones anteriores, deriva del hecho de que las normas que individua-

lizan valorativamente sus propios presupuestos de hecho lo hacen de formas muy distintas.

Algunas veces, en efecto, la norma individualiza directamente, además del tipo de valoración aplicable al hecho, también el hecho empírico sujeto a valoración. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del «daño grave», de la «velocidad excesiva», de la «administración correcta», etc. Obviamente, estas normas pueden crear problemas de interpretación respecto de la individualización del hecho y de las circunstancias empíricas que en cada caso pueden ser calificadas como «daño» o como «administración», ya que —entre otras cosas— se trata habitualmente de hechos evidentemente *law-laden*[137]. A pesar de ello, con todos estos límites y problemas, esas normas indican de forma bastante explícita el tipo de hecho que, una vez valorado según ciertos parámetros axiológicos, constituye el presupuesto de su aplicación[138]. Esto no sucede, en cambio, en muchos otros casos, en los que la norma se refiere a la «base empírica» de la valoración de un modo mucho más indirecto y, por tanto, indeterminado. En el ejemplo ya considerado de la «convivencia intolerable» hay, en efecto, una referencia a un conjunto de circunstancias empíricas (la convivencia entre los cónyuges), pero esto no es por sí mismo suficiente para determinar qué hechos deben ser probados: como ya se ha destacado, es inútil probar simplemente que la convivencia se ha producido, como lo es también probar alguna de sus modalidades escogida aleatoriamente. Es decir, no es posible establecer qué hecho debe probarse haciendo exclusiva referencia a la convivencia. Es la referencia a la intolerabilidad lo que resuelve el problema, en el sentido de que resultan relevantes a los efectos de la norma aquellos aspectos (aquellos hechos) de la convivencia que pueden inducir a considerarla intolerable. De esta forma, por otra parte, se identifica un criterio de relación que permite extraer circunstancias relevantes a partir de un conjunto complejo, indeterminado y caótico de eventos que forman la convivencia entre los cónyuges. Sin embargo, la norma no determina directamente cuáles son esas circunstancias, e indirectamente lo hace sólo a través del criterio valorativo de selección. Hay, pues, un *elemento de indeterminación* de la norma que afecta a la valoración pero que se refleja también sobre la individualización de la base empírica (del «hecho») sujeta a valoración. Esto significa que aumenta el grado de «apertura» de la norma respecto de la individualización del hecho y que, en consecuencia, asume mayor peso la operación de «reducción de la vaguedad» destinada a realizarse en el proceso, por obra de las partes, y en la decisión, por obra del juez[139].

137. Sobre este aspecto del «hecho» v., *supra*, apartado 2.2.
138. Se puede hablar en esos casos de «vaguedad común» (según la definición de Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 303 ss., 353 ss.) en la medida en que afecta también a los términos descriptivos empleados en la norma, en la que, sin embargo, se indican de modo bastante claro los parámetros de valoración.

El mismo discurso es válido para los casos en los que la norma no prevé siquiera una identificación vaga del hecho objeto de valoración, usando, en cambio, la técnica de la identificación indirecta, sobre la base de los efectos valorativos negativos (o —a veces— positivos) que «algo» produce. Esto es lo que sucede siempre que se individualiza el supuesto de hecho en función de su «contrariedad» con un valor o un sistema de valores, como, por ejemplo, en el caso de los «actos contrarios a las buenas costumbres», de las «conductas antisindicales», etc. En casos como éstos, la individualización se hace sólo por referencia al criterio valorativo (las buenas costumbres, los derechos e intereses de las organizaciones sindicales), pero no hay identificación alguna, siquiera vaga, referente al «hecho» que puede ser valorado negativamente: en realidad, cualquier «acto» puede ser contrario a las buenas costumbres y cualquier «conducta» puede ser antisindical. Este «acto» y esta «conducta» no importan en sí mismos por alguna característica intrínseca, sino sólo en cuanto producen una consecuencia consistente en la violación de un «valor». En resumen, se puede identificar el hecho relevante para la aplicación de la norma sólo por el efecto producido, dado que cualquier hecho idóneo para producir ese efecto puede ser, *por esa única razón*, relevante.

El carácter indeterminado del supuesto de hecho resulta máximo en las normas que enuncian o emplean los denominados «conceptos jurídicos indeterminados». Al respecto, normalmente se destaca, y suscita la mayoría de análisis y discusiones, el carácter «abierto» del criterio valorativo (del estándar) incluido en la cláusula general y el problema que afecta a la individualización de los parámetros valorativos necesarios para la aplicación de la norma. Se plantea, pues, a qué sistema de valores o conjunto de reglas puede o debe recurrir el juez para establecer qué es la «buena fe», las «buenas costumbres», la «diligencia normal», la «diligencia del buen padre de familia», etcétera[140].

139. Sobre las modalidades de «reducción de la vaguedad» v., en general, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss., 319 ss.
140. Sobre estos problemas la literatura es inmensa, por lo que no es posible ofrecer indicaciones bibliográficas exhaustivas. Para referencias a la literatura reciente v. Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 305 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 151 ss.; Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709 ss. V., además, los ensayos recogidos en *Droit prospectif*, cit., Cahier n. 3, *Les standards*, pp. 813 ss.

Sin embargo, aquí resulta de mayor interés otro aspecto de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados: la *indeterminación del hecho*, aparte de la del criterio de valoración. Por un lado, se destaca que la misma cláusula general se puede presentar en situaciones muy distintas, lo que lleva ya a descartar que aquélla implique una identificación suficientemente unívoca del hecho: la buena fe está referida, por ejemplo, al proceso, a las negociaciones contractuales, a la calidad de adquirente, de acreedor, etc., y, del mismo modo, se habla también en muchas situaciones distintas de «diligencia normal». Esto es suficiente para descartar que los conceptos jurídicos, indeterminados en el aspecto valorativo, sean en cambio unívocos en su «significado fáctico»[141].

Por otro lado, incluso si se toma en consideración la situación concreta a la que se refiere el concepto jurídico indeterminado, el «hecho» resulta igualmente indeterminado. La «posesión de buena fe» no indica por sí misma un hecho específico, y lo mismo vale para la «adquisición de buena fe»; actuar con la «diligencia normal» no identifica hechos específicos, del mismo modo que cualquier acto puede ser contrario a las buenas costumbres. En efecto, alguna indicación puede surgir del tipo de situación jurídica a la que el concepto jurídico indeterminado se refiere (la posesión, las negociaciones, el contrato, la posición de acreedor, de usufructuario, etc.), en el sentido de que todas estas situaciones se refieren a condiciones de hecho tendencialmente tipificadas. Pero esto no hace más que confirmar la tesis de que el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan «abierto» desde el punto de vista de la individualización del hecho como lo está desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración. Por otra parte, estos dos aspectos están vinculados entre sí —como ya se ha mencionado— en la medida en que a menudo es el tipo de valoración requerido por la norma el que funciona como criterio de selección de las circunstancias de hecho que pueden considerarse relevantes según esa norma. Así pues,

141. Parece evidente que la misma expresión que identifica el propio concepto jurídico indeterminado («buena fe», «diligencia normal») remite, en realidad, a significados fácticos distintos en los diversos supuestos de hecho normativos en los que es empleada. En efecto, varían los sucesos empíricos o los comportamientos materiales que integran la buena fe o la diligencia normal, o que suponen la violación de estos parámetros, en las distintas situaciones fácticas que se dan, por ejemplo, en las negociaciones contractuales, en la posesión, en la ejecución del contrato, etc. Está claro, por otra parte, que si el concepto jurídico indeterminado tuviese un único correlato empírico no se plantearían problemas de interpretación de las normas que lo contienen, pero, a la vez, el propio concepto jurídico indeterminado no serviría para nada y perdería la función que le es propia. En cambio, esos problemas surgen, y son particularmente complicados, porque incluso el significado fáctico (y no sólo el valorativo) de esos conceptos está particularmente indeterminado y es variable de un supuesto de hecho a otro.

resulta claro que cuanto mayor es la vaguedad del criterio de valoración (como sucede especialmente en los conceptos jurídicos indeterminados) mayor es también la indeterminación del hecho al que la norma es aplicable.

Debe precisarse, sin embargo, un punto en referencia específicamente a las normas que realizan una identificación valorativa del hecho. *Siempre* y *en cualquier caso* esas normas presuponen, para ser aplicadas, la existencia de hechos materiales que, por tanto, deben ser individualizados y probados como condición para la aplicación de la norma. Que ésta suponga una valoración no significa que excluya la determinación de la existencia de un hecho: es el hecho, en todo caso, lo que constituye el objeto de la valoración, de forma que sin aquél no puede siquiera darse el juicio de valor postulado por la norma[142].

No parece, pues, sensato configurar supuestos de hecho en los que la norma se refiera a juicios de valor *pero no a hechos*[143]. Incluso las normas extremadamente «abiertas» en cuanto a la identificación de los hechos (además de, eventualmente, en cuanto a la identificación de los parámetros valorativos) se refieren siempre a *hechos*, aunque su individualización pueda ser —como ya se ha visto— incierta y complicada porque la norma no los establezca directamente[144]. En otros términos, es imposible sancionar lo «obsceno» sin conjeturar que, aunque sea indirectamente, se determine qué hecho o comportamiento *realmente producido* (y, por tanto, probado en juicio) es considerado obsceno. Del mismo modo, es imposible afirmar que Ticio es «enemigo del pueblo» si no se establece al menos algún hecho que haga que Ticio sea calificable como enemigo del pueblo y que haya sido probado. Obviamente, esto presupone que al menos la esencia mínima de lo que llamamos habitualmente «normas» y «aplicación de normas» sea mantenida; pero aquí no importan los casos en los que la apariencia de aplicación del derecho sirve simplemente para encubrir el arbitrio[145].

Así, resulta oportuno tener en cuenta que la identificación valorativa del hecho por parte de la norma no significa en absoluto que la

142. Sobre la importancia de la determinación del hecho para la aplicación de los estándares valorativos v., en particular, Maccormick, *On Reasonableness*, cit., p. 145; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 159 ss.

143. Para ejemplos en este sentido v. Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, p. 191.

144. Cf. Guastini, *ibid.*; Taruffo, *Value Judgements*, cit., p. 51; Id., *La giustificazione*, cit., pp. 160 s.

145. Sobre la función garantista de la identificación del hecho v., en particular, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 8 ss. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 36 ss.]. En el mismo sentido, cf. Ferrua, *La riforma del diritto penale sostanziale e il nuovo processo penale*, en *Questione giustizia*, 1991, pp. 66 ss.

norma no se refiera a hechos sino a valoraciones: la norma se refiere a *hechos*, que son jurídicamente relevantes en la medida en que son valorados en el sentido indicado por la norma. Su aplicación presupone, pues, que son individualizados y determinados algunos hechos.

La circunstancia de que a menudo la norma que emplea identificaciones valorativas no defina directa y explícitamente el hecho no implica que el hecho no deba ser individualizado y determinado, sino únicamente que su individualización es mediata, compleja, a menudo incierta y en todo caso dependiente de elecciones de distinta naturaleza que realizan las partes y, especialmente, el juez en cada caso concreto.

4. *La identificación negativa del hecho*.–Una forma importante y difundida, pero también problemática, de identificación del hecho por parte de las normas consiste en la identificación *negativa*. Ésta se da cuando la norma contiene la negación de una identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación («intolerable», «mala fe», «incompetente», «incorrecto», «ausente», «carente de...», etc.)[146]. El empleo de la identificación negativa depende de diversas razones de técnica legislativa: puede, por ejemplo, suceder que el legislador valore positivamente un determinado comportamiento (por ejemplo socorrer a la víctima de un accidente), pero prefiera sancionar su omisión en lugar de declararlo obligatorio[147]. O bien puede suceder que la ley considere relevante por sí misma una situación negativa (por ejemplo no desarrollar la actividad de cultivador directo)[148] como presupuesto de la existencia de determinados efectos jurídicos, incluso sin presuponer una calificación favorable (o de «deber ser») de la correspondiente situación positiva.

Las normas que contienen identificaciones negativas de los hechos presentan algunos problemas semánticos, ya que las expresiones negativas designan, en realidad, cualquier hecho o comportamiento distinto de aquel indicado por el término positivo[149]. En este sentido, la individualización del «hecho a probar» como presupuesto de la aplicación de la norma puede crear dificultades.

Debe observarse, por otra parte, que la cuestión del «hecho identificado negativamente» no surge únicamente cuando la identificación negativa está contenida en una norma. Es más, en el proceso se trata de una situación «normal», ya que es simétrica a la situación en la que el hecho es identificado positivamente: basta pensar en la situación en que el actor alega un hecho definido positivamente y el demandado alega que el hecho no se ha producido[150]. Más allá de los mecanismos inherentes a la eventual aplicación de la regla de la carga de la prueba[151], en esta situación se está ante dos identificaciones simétricas del hecho: una de ellas positiva y la otra negativa. Por hipótesis, ambas pueden constituir objeto de prueba. Así pues, se puede decir que el problema de la prueba del hecho identificado negativamente es un problema de orden general: surge para el actor cuando la norma define negativamente el hecho constitutivo de su derecho; y para el demandado cuando éste contesta la existencia del hecho definido positivamente en las alegaciones del actor[152].

La principal cuestión que surge a propósito de los hechos jurídicos definidos negativamente, desde el punto de vista de la prueba, es que, aunque algunas veces pueden ser probados *como tales*, en la mayoría de los casos ello no es posible.

La prueba directa del hecho negativo puede resultar más simple si se trata de una circunstancia específica y exactamente individualizada. Así, por ejemplo, que Ticio *no* haya realizado cierta declaración a Cayo en una determinada situación es demostrable si un testigo estaba presente en aquella situación y afirma que esa declaración no se realizó o bien si existe un documento que se supone que reproduce todas las declaraciones realizadas en aquella situación y que, sin embargo, no contiene la declaración controvertida. Del mismo modo, la ausencia de Ticio de cierto lugar en un determinado momento puede ser confirmada por un testigo presente en el lugar en aquel momento y lo mis-

146. Sobre las modalidades de identificación negativa del hecho cf. Wróblewski, *Facts in Law*, cit., pp. 115 ss., donde se especifica que ese tipo de identificación puede afectar a hechos individualizados descriptivamente o bien en términos valorativos.

147. Cf. Wróblewski, *op. ult. cit.*, p. 116.

148. V., por ejemplo, el caso decidido por la Cass. 10 de marzo de 1986 n.º 1614, en *N.G.C.C.*, 1986, pp. 598 ss., con una nota de Dondi.

149. Cf. Wróblewski, *op.* y *loc. ult. cit.*

150. Para el análisis de esta situación v. capítulo IV, 1.2.

151. Desde este punto de vista, se ha planteado históricamente el problema de la llamada por la doctrina italiana «prueba de las negaciones», es decir, de quién y cuándo tiene la carga de probar la negación del hecho afirmado por el actor (al respecto, v. el amplio análisis de Micheli, *L'onere della prova*, reed., Padova, 1966, pp. 34 ss., 47 ss. —tr. cast., *La carga de la prueba*, a cargo de S. Sentís Melendo, Bogotá, 1989, pp. 31 ss., 43 ss.—). Sin embargo, no es éste el punto de vista que más interesa aquí: en este punto se trata, en realidad, de analizar los problemas que afectan a las modalides de prueba del hecho identificado en términos negativos, independientemente del sujeto que —en función del caso— tenga la carga de probarlo.

152. La única diferencia entre las dos hipótesis es que el actor deberá, en todo caso, probar el hecho negativo (salvo presunciones o inversiones de la carga de la prueba), mientras que el demandado, si el actor fracasa en probar el hecho positivo, puede evitar la prueba de su negación.

mo puede suceder, por ejemplo, con comportamientos omisivos precisamente individualizados.

No obstante, muy a menudo no se dan esas posibilidades. Entonces, la prueba del hecho negativo puede ofrecerse únicamente mediante el mecanismo lógico de la coartada, es decir, mediante la prueba de un hecho *distinto*, incompatible con la existencia del hecho que se niega. Si la ausencia de Ticio del lugar *L* en el momento *T* no puede ser demostrada directamente, podrá ser probada indirectamente demostrando que Ticio en ese mismo momento estaba en el lugar *P*. A los efectos de la prueba, pues, el hecho negativo no es más que la consecuencia lógica de la demostración de un hecho positivo incompatible con la existencia del hecho negado[153].

El problema del hecho negativo resulta mucho más complejo cuanto más vagas e indeterminadas son sus coordenadas espacio-temporales, como por ejemplo cuando se trata de no ser propietarios de un terreno en lugar alguno o bien de no haber realizado nunca cierta declaración o desarrollado cierta actividad[154].

En casos de este tipo es muy improbable que funcione la técnica de la coartada, ya que no es fácil imaginar hechos incompatibles con hechos indeterminados en el tiempo y/o en el espacio si no es en forma de aproximación genérica y no rigurosa. Por otra parte, la única posibilidad de probar directamente hechos negativos indeterminados parece ser la de utilizar declaraciones del sujeto al que aquéllos son atribuidos («nunca he dicho que...», «nunca he hecho...»). No parece, en efecto, que se pueda configurar al respecto una prueba testifical aceptable («Sé que Ticio nunca ha dicho...», «sé que Ticio nunca ha hecho...») ni mucho menos algún tipo de prueba documental.

Por tanto, en muchos casos el hecho negativo indeterminado *no puede ser probado* ni directa ni indirectamente[155]. En estos casos, sólo puede resolverse la incertidumbre de la situación de hecho de la que depende la aplicación de la norma recurriendo a mecanismos distintos de la prueba del hecho negativo. Se trata, esencialmente, de dar la vuelta al problema para plantearlo en términos de un hecho positivo

153. Sobre la mayor facilidad de la prueba en este caso cf. Micheli, *op. cit.*, p. 298 [tr. cast., *op. cit.*, p. 264]; Patti, *op. cit.*, pp. 53 ss. Sobre la hipótesis de la incompatibilidad entre hechos, v. capítulo IV, 1.3.

154. V., *supra*, nota 149. Ya Matteo Pescatore (en *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, [2]1883, pp. 100 ss.) destacaba las notables dificultades que surgen cuando se trata de probar las denominadas «negativas indeterminadas», es decir, precisamente, aserciones negativas genéricas, carentes de un objeto exactamente individualizado.

155. Cf. Dondi, en la nota cit., pp. 602 s.; Pescatore, *op. cit.*, *loc. cit.*

incompatible *con el hecho negativo* (obsérvese que éste no es el mecanismo de la coartada, sino su contrario). En resumen: se puede probar *la falsedad* del hecho identificado negativamente si se demuestra que, en realidad, el hecho negado se ha producido o si se demuestra un hecho positivo incompatible con la negación. Es falso que Ticio nunca haya estado en el lugar *L* si se demuestra que *una vez* estuvo allí; es falso que Ticio no sea propietario de terreno alguno en ningún lugar si se demuestra que es propietario de un terreno en el lugar *L*, etcétera.

Por otra parte, frente a situaciones de este tipo es necesario poner de manifiesto que el problema de la incertidumbre del hecho se resuelve en términos de prueba únicamente en una de las dos hipótesis lógicamente posibles. Supongamos que el problema sea establecer que Ticio no es propietario de terreno alguno en ningún lugar. La incertidumbre se resuelve en sentido contrario si se ofrece la prueba de que Ticio es propietario de un terreno en el lugar *L*: la prueba de un hecho positivo incompatible conlleva la determinación negativa del hecho negativo. Pero si no se ofrece esa prueba, no hay otra forma de resolver *mediante pruebas* la incertidumbre sobre el hecho negativo; podrá resolverse de otro modo, por ejemplo, si las normas en materia de carga de la prueba endosan a la otra parte la carga de probar el hecho positivo incompatible y, a falta de cumplimiento de esa carga, comportan la victoria de la parte que debería haber demostrado el hecho identificado negativamente. Es decir, estaríamos ante un esquema del siguiente tipo: por hipótesis, Ticio debería demostrar que no-*X*, pero en realidad la ley endosa a Cayo la carga de demostrar *X*. Si se obtiene la prueba de *X*, la incertidumbre se resuelve a favor de Cayo sobre la base de la prueba; si no se obtiene la prueba de *X*, la incertidumbre se resuelve a favor de Ticio sobre la base de la regla de la carga de la prueba.

Por otra parte, está claro que en ambas situaciones la incertidumbre sobre la existencia del hecho identificado negativamente se resuelve sin que ese hecho sea probado directamente, del mismo modo que en el caso de la coartada la determinación del hecho negativo es sólo la consecuencia de la prueba de un hecho incompatible con el hecho que se niega.

La identificación negativa del hecho pone, pues, en evidencia los distintos mecanismos que pueden usarse para resolver la incertidumbre del hecho a cuya negación se vinculan ciertos efectos jurídicos.

Algunas veces, el hecho negativo puede ser directamente objeto de prueba. Otras, la decisión sobre el hecho negativo se deriva de la aplicación de reglas que prevén las consecuencias de la falta de prueba

del hecho positivo correspondiente. En otras ocasiones, la incertidumbre sobre el hecho negativo se resuelve porque se prueba un hecho positivo incompatible *con la negación de un hecho* (si se prueba que Ticio es propietario de un terreno en *L* queda excluido que no sea propietario de ningún terreno). Finalmente, la incertidumbre sobre el hecho negativo puede resolverse porque se pruebe un hecho positivo incompatible *con el hecho negado* (caso de la coartada: no es verdad que Ticio estaba en *L* en un determinado momento, porque está probado que en ese momento estaba en *P*). Debe observarse que estas dos últimas hipótesis no sólo no son coincidentes sino que son más bien contrapuestas, en función de la distinta relación que se produce entre el hecho que en realidad se prueba y el hecho negativo: en la primera de ellas, en efecto, el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con la negación de *X* y, por tanto, conlleva el rechazo de la tesis que se funda sobre esa negación; en cambio, en la segunda el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con *X* y, por tanto, demuestra la negación de *X* y la fundamentación de la tesis que presupone esa negación.

Por otra parte, aquellas hipótesis presuponen también vínculos de incompatibilidad cualitativamente distintos entre el hecho que se prueba y el hecho identificado negativamente. En el primer caso estamos ante una incompatibilidad *lógica*: si resulta probado que el hecho *X* se ha producido, esto es lógicamente incompatible con cualquier aserción que afirme que *X* no se ha producido (nunca o bien en las circunstancias específicas relevantes en el caso concreto).

En cambio, en el segundo caso estamos ante una incompatibilidad *material* o *empírica*: la prueba de la presencia de Ticio en un lugar en un cierto momento es empíricamente incompatible con la presencia de Ticio en otro lugar en el mismo momento (pero no hay en ello incompatibilidad lógica alguna) y, por tanto, constituye una confirmación empírica de su ausencia[156].

156. Las dificultades lógicas y prácticas de configurar las modalidades de prueba del hecho negativo han constituido tradicionalmente la justificación de la regla *negativa non sunt probanda*. Sin embargo, esta regla es rechazada casi unánimemente en la doctrina más reciente, en la medida en que se sostiene que la prueba del hecho negativo, aunque sea algunas veces difícil, no es *a priori* imposible. Por ello, los problemas al respecto deben resolverse en la formación del convencimiento del juez, pero no constituyen razones suficientes para cambiar el reparto de las cargas de la prueba entre las partes que resulta de la configuración normativa del supuesto de hecho. En este sentido, v., especialmente, Micheli, *op. cit.*, pp. 298 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 264 ss.], y también un comentario en Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 475.

5. *Algunos tipos de hecho*.–La doctrina jurídica ha intentado desde siempre dominar la infinita variedad de supuestos de hecho previstos por las normas, elaborando las más diversas distinciones y clasificaciones de los «hechos jurídicos» en función de las características que en cada caso han sido consideradas como relevantes[157]. Precisamente por esa razón, aparte de la extremada variedad de aquellas clasificaciones, no es posible realizar aquí un análisis sistemático al respecto. Por otro lado, muchos de los puntos de vista que han sido empleados para elaborar tipologías de los hechos jurídicos no han tomado en consideración la problemática de la prueba, de forma que no serían de interés alguno en este punto. Es más, es casi paradójico que, a pesar de la obvia vinculación funcional de la prueba con la demostración de los hechos jurídicos, el análisis tipológico de éstos haya olvidado habitualmente los problemas relativos a la individualización del hecho como objeto de prueba[158].

No obstante, remediar esta laguna de forma pretendidamente completa y sistemática sería un objetivo casi imposible, ya sea por la infinita variedad de los supuestos de hecho regulados por las normas o bien porque, en todo caso, cualquier criterio de distinción y clasificación que tenga únicamente en cuenta la correlación entre hecho jurídico y prueba del hecho sería relativo. Sin embargo, parece oportuno intentar abandonar, al menos en parte, el carácter genérico que a menudo caracteriza la noción de «hecho» que se usa para individualizar el objeto de la prueba, integrando el análisis desarrollado en las páginas precedentes con el examen de algunas hipótesis que presentan peculiaridades relevantes. Estas hipótesis son, en muchos aspectos, problemáticas y ésta es la razón por la que se toman en consideración. Aunque obviamente éstas no son las únicas hipótesis problemáticas, son suficientes para demostrar que es erróneo concebir el objeto de la prueba como un hecho material simple y bien definido.

5.1. *El hecho complejo*.–Normalmente, cuando se piensa en el hecho como objeto de prueba o se esquematiza la estructura de la nor-

157. V. al respecto, entre los muchos ejemplos de clasificaciones de hechos jurídicos, Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, [3]1951, pp. 201 ss. [hay tr. cast. de la primera edición de esta obra, *Teoría general del Derecho*, a cargo de C. Posada, Madrid, 1941]; Falzea, *op. cit.*, pp. 944 ss. Críticas eficaces y argumentadas a muchas de las tipologías habituales pueden verse en Maiorca, *op. cit.*, pp. 114 ss., 120 ss., 125 ss.

158. Un ejemplo interesante de esto puede encontrarse en uno de los máximos estudiosos de la prueba Francesco Carnelutti, en la *Teoria generale*, analiza la tipología de los hechos jurídicos y la de las pruebas (*op. cit.*, pp. 372 ss.), pero no relaciona los dos temas; en la *Prova civile* analiza la prueba en función del hecho (*op. cit.*, pp. 13 ss. —tr. cast., *op. cit.*, pp. 7 ss.—), pero no toma en cuenta la tipología de los hechos jurídicos.

ma individualizando la prótasis referida al hecho, se asume como modelo un tipo de hecho simple constituido por un evento concreto precisamente situado entre determinadas coordenadas espacio-temporales. Se está, así, ante el hecho ilícito *H* sucedido en el momento *T* y en el lugar *L*; el contrato *C* estipulado en *TL*, etc. Hechos de este tipo son, precisamente por sus propias características, fácilmente identificables tanto si se trata de individualizar el hecho jurídicamente relevante sobre la base de la norma como si se trata de definir —sobre esa base— las circunstancias específicas destinadas a constituir el objeto de la prueba. En realidad, si se está ante una situación de hecho concreta bien determinada, normalmente no es difícil seleccionar aquellos de sus aspectos que asumen significado desde el punto de vista de la norma de la que se conjetura su aplicabilidad. Así pues, es posible definir el hecho jurídicamente relevante, y por tanto el objeto de la prueba, mediante una o una pocas proposiciones descriptivas del tipo «el hecho *H* se ha producido en *T* y *L* con las modalidades *Ml* .... *Mn*»[159].

Sin embargo, son muy frecuentes los casos en los que el hecho relevante para la aplicación de una norma no puede reducirse a un evento simple y específico, bien delimitado en el espacio y en el tiempo, sino que se trata de un hecho *complejo*[160]. Se puede hablar de «hecho complejo», al menos, en dos sentidos principales, aunque la mayor parte de los hechos complejos lo son en ambos sentidos.

En el primer sentido, es complejo el hecho de que aunque sea identificado de forma simple por la norma aplicable, está compuesto de distintas «partes»[161]. Un contrato puede estar constituido por numerosas cláusulas y muchas de ellas pueden ser relevantes en el mismo caso concreto; un accidente (o un desastre) puede ser muy complejo desde el punto de vista de la dinámica con la que se ha producido; una negociación puede ser muy compleja si las posiciones de las partes son divergentes y articuladas; compleja puede ser también la redacción de un balance, etcétera.

Una segunda dimensión relevante de la complejidad está constituida por la duración en el tiempo. Por ejemplo, sólo la posesión prolongada por el período establecido puede producir la adquisición de la propiedad y la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo establecido produce la prescripción.

159. Sobre el esquema del hecho simple descriptiva y positivamente individualizado, cf. Wróblewski, *Facts in Law*, cit., pp. 109, 117.

160. En general, sobre la distinción entre hecho simple y hecho complejo, cf. Maiorca, *op. cit.*, p. 125.

161. En general, sobre el problema de la «descomposición de la realidad» v., *supra*, apartado 2.

Pero, como ya se ha mencionado, en muchos casos están presentes ambos factores de complejidad. Esto es lo que sucede en los frecuentes casos en los que el «hecho» está constituido, en realidad, por un comportamiento (no momentáneo sino) prolongado en el tiempo o por una actividad o por una situación que duran en el tiempo. Piénsese, por ejemplo, en el uso de una cosa con la diligencia normal, en la buena fe en la ejecución de un contrato o en la posesión caracterizada por el *animus* de poseer *uti dominus*, donde a la duración se añade la complejidad del comportamiento material y del elemento subjetivo. Aún más, piénsese en la administración de una empresa, que es una actividad compleja en sí misma además de articulada en el tiempo. Y piénsese, por último, en la convivencia de los cónyuges o en la educación de los hijos, que son actividades típicamente compuestas por una multitud de comportamientos distribuidos en el tiempo y vinculados por conexiones subjetivas y materiales de la más variada naturaleza.

El problema fundamental que afecta a los hechos complejos, y que resulta, obviamente, más grave conforme aumenta su complejidad, proviene de que son difícilmente identificables con precisión analítica; consecuentemente, puede ser muy difícil establecer qué constituye objeto de prueba (es decir, qué debe ser probado para que se dé la condición de aplicación de la norma). Algunas veces este problema puede resolverse o, al menos, su dificultad puede reducirse en alguna medida, sobre la base del supuesto de hecho jurídico al que se reconduce el hecho complejo. En esos casos sucede que frente a una situación de hecho estructuralmente compleja evocada como tal por una norma se pueden emplear, sin embargo, criterios de selección que permiten individualizar *algunos* aspectos específicamente relevantes (que como tales serán los únicos que deberán ser probados)[162]. Así por ejemplo, para usar un caso ya examinado, el juez de la separación no tendrá que determinar todos los infinitos comportamientos y eventos que constituyen la convivencia de los cónyuges: es suficiente, en cambio, que se prueben *algunos* eventos o comportamientos, idóneos para valorar la intolerabilidad de la convivencia[163]. Del mismo modo, puede no ser

162. Algunas veces la selección es realizada por la propia norma: se está entonces ante el mecanismo que se denomina de «simplificación analítica del supuesto de hecho» (al respecto, v., también para ulteriores indicaciones, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 181 s., 186).

163. En casos de este tipo, opera algunas veces el criterio de la *normalidad*, que establece que no se prueba aquello que se asume como «normal», por ejemplo el desarrollo cotidiano de la convivencia, y, en cambio, se prueba aquello que es «anormal», por ejemplo los hechos específicos que pueden fundamentar una valoración de intolerabilidad.

necesario conocer todos los aspectos de la gestión de una empresa, pudiendo ser suficiente seleccionar los aspectos concretos que identifican el fraude de acreedores o la lesión de los derechos de los socios. También puede no ser necesario establecer todos los detalles de una complicada relación contractual si, por ejemplo, se discute acerca de la validez de una determinada cláusula o de un incumplimiento específico en un contrato de prestación periódica.

En casos de este tipo, la complejidad intrínseca del hecho permanece, por decirlo así, fuera del problema de la prueba: el hecho complejo está presupuesto y constituye la base o el substrato sobre el que se funda la controversia, pero entran en juego criterios jurídicos de selección en función de los cuales *sólo algunos aspectos* relativamente simples *del hecho complejo* son, en realidad, relevantes. El hecho complejo no sólo es materialmente existente fuera del proceso, como cualquier situación material no relevante: es evocado por la norma (que, por ejemplo, se refiere a la convivencia, a la administración, a las negociaciones, al contrato, etc.) que, sin embargo, se interesa únicamente por algunos de sus aspectos, a los que atribuye relevancia específica. Hay, pues, una suerte de selección en dos grados. Por un lado, se individualiza un hecho o una situación compleja (la convivencia, la gestión de la empresa), mientras que, por otro, se identifican dentro de ese contexto algunos aspectos —reconducibles al modelo del *hecho* relativamente *simple*— que son los únicos que deben ser probados.

En muchos casos, sin embargo, este tipo de «reducción de la complejidad» no funciona, ya que es relevante jurídicamente el «hecho complejo» en cuanto tal. Así, es la posesión continuada *uti dominus* la que da lugar a la usucapión; es la totalidad de la ejecución del contrato la que se debe desarrollar con buena fe; es el uso continuado de la cosa el que debe realizarse con la normal diligencia; es la dinámica completa del accidente o del desastre la que debe ser determinada, etc.

Desde el punto de vista de la prueba, es posible superar algunas veces la complejidad no reducible del hecho. Es el caso del hecho que es complejo porque está compuesto por muchos eventos concretos o por una dinámica complicada: si los eventos concretos o los distintos momentos de la dinámica son identificables (y a menudo lo son según los criterios de relevancia habituales), entonces el único problema es que habrá muchos hechos por probar y, por tanto, muchas pruebas o pruebas con objetos múltiples o complejos. En ese caso, pueden surgir dificultades de tipo procesal, pero en línea de principio es posible descomponer ese tipo de hecho complejo en una serie de hechos simples, cada uno de los cuales puede representar un objeto de prueba adecuado.

Sobre el criterio de la normalidad v. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 789 [tr. cast., *Principios*, cit., t. II, pp. 269-270] y, en particular, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 469 ss.

A menudo, sin embargo, el problema del hecho complejo no es superable de este modo. El comportamiento que se prolonga en el tiempo (la posesión por veinte años, por ejemplo) no puede ser descompuesto en instantes, sobre cada uno de los cuales verse una prueba específica; lo mismo ocurre en el caso de actividades (como la educación de los hijos) que no pueden ser descompuestas en actos que puedan probarse uno por uno. Y, sin embargo, el comportamiento o la actividad son *como tales* los «hechos relevantes» en situaciones jurídicas determinadas, aunque *como tales* no puedan ser probados. El problema del hecho complejo es precisamente éste: o bien, como sucede en algunos casos, es reducible a hechos simples o bien no puede ser probado. Al menos, no puede ser probado con las modalidades y con la precisión con las que habitualmente se prueba el hecho simple.

En efecto, frente al hecho irreduciblemente complejo, el problema de la prueba se transforma respecto de la situación «normal», porque sólo transformándose puede ser resuelto de algún modo. Esencialmente, las soluciones posibles son dos: la primera puede denominarse *prueba por muestreo* (*prova per campione*) y la segunda *prueba por falta de prueba contraria* (*prova per mancanza del contrario*). Ambas pueden operar por separado o conjuntamente.

Se está ante una prueba por muestreo cuando, en realidad, se prueba algún «momento» de un hecho que se prolonga en el tiempo. La prueba de los otros momentos no es directamente ofrecida, de forma que se puede decir que el hecho no es «integralmente» probado; se obtiene sólo por extrapolación de la prueba parcial y de la falta de prueba contraria. En el caso de la posesión por veinte años, por ejemplo, está claro que no se prueba concretamente *cada día* de posesión: en cambio, se prueba que aquélla se daba hace veinte años y se da todavía veinte años después. Estos «segmentos de tiempo», conjuntamente con la ausencia de demostración del cese de la posesión durante ese período, son considerados normalmente suficientes para derivar la prueba de la posesión por veinte años. Así pues, ésta no se prueba integralmente de forma directa: se prueba por extrapolación, en la medida en que los «segmentos de tiempo» directamente probados permitan defender la duración continuada y completa de la posesión[164].

164. El legislador italiano ha percibido el problema que aquí se ha planteado a modo de ejemplo, previendo directamente la «reducción de la complejidad» probatoria del hecho constituido por la duración ininterrumpida de la posesión. El instrumento empleado es la presunción de la posesión intermedia, previsto en el artículo 1142 cod. civ.

Se está ante una prueba por falta de prueba contraria siempre que la existencia de una determinada situación de hecho no es directamente demostrable y es derivada de la falta de prueba de circunstancias incompatibles con aquélla[165]. Por ejemplo, la diligencia normal en el uso de una cosa es difícilmente demostrable de forma directa, siendo muy improbable que se disponga de testigos de las modalidades con las que Ticio ha usado la cosa en todas las ocasiones y todo el tiempo en que la cosa ha sido usada. Es, en cambio, más fácil probar la falta de la diligencia normal (o la mala fe o la incorrección), es decir, un hecho incompatible con el hecho complejo en cuestión, aunque sólo sea porque normalmente el hecho incompatible está dado por una o varias circunstancias identificadas en el tiempo y en el espacio. Algunas veces es el propio legislador quien realiza esa inversión (de forma que, por ejemplo, se deba probar la mala fe y no la buena fe en el proceso)[166], pero en muchas ocasiones ésta se produce simplemente *por necesidad*, es decir, porque no hay otro modo de resolver la incertidumbre acerca de la existencia de un hecho complejo que no es susceptible, como tal, de prueba directa. Esa incertidumbre se resuelve de forma más segura (y obviamente en sentido negativo) si se obtiene la prueba de un hecho incompatible (por ejemplo la interrupción por parte del propietario o el cese de la posesión)[167]. También puede resolverse en sentido positivo, aunque obviamente de una forma menos segura, si falta la prueba de cualquier suceso incompatible con la existencia del hecho complejo en cuestión.

it., según la cual basta probar la posesión actual y la posesión inicial (en la literatura reciente v. Sacco, en *Commentario al codice civile*, dirigido por P. Cendon, vol. III, Torino, 1991, p. 591; Cian y Trabucchi, *op. cit.*, p. 787). En cualquier caso, siempre que se trate de probar la duración de una situación y no se disponga de presunciones legales, la única posibilidad disponible es la de probar un cierto número de momentos de esa duración a partir de los cuales se pueda deducir su continuidad.

165. Al respecto, es válido también el ejemplo de la duración de la posesión. La presunción de posesión intermedia es, en efecto, *iuris tantum* y decae en el momento en que se prueba lo contrario, es decir, se prueba un hecho que implique la interrupción de la posesión. Del mismo modo, la extrapolación acerca de la duración, que puede extraerse razonablemente a partir de la prueba de algunos de sus momentos, rige hasta que se demuestre lo contrario, es decir, la interrupción.

166. V. el artículo 1147 cod. civ. it. y, al respecto, cf. Sacco, *op. cit.*, p. 596; Cian y Trabucchi, *op. cit.*, p. 795. Consideraciones análogas a las que se refieren a la presunción de posesión intermedia valen también para la presunción de buena fe.

167. No por casualidad, se producen situaciones de este tipo en supuestos de hecho en los que la ley no se ha enfrentado al problema de la prueba o, en cualquier caso, éste no es resoluble claramente sobre la base de la norma. Se produce entonces el fenómeno de las llamadas presunciones jurisprudenciales (respecto de las que puede verse, ampliamente, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss.) en el que es la jurisprudencia, en lugar del legislador, quien no exige la prueba de un hecho e impone a la contraparte la prueba del hecho incompatible. A menudo esto sucede, en realidad, cuando es particularmente difícil la demostración de un hecho complejo.

Tanto la prueba por muestreo como la prueba por falta de prueba contraria son (más la segunda que la primera) formas «débiles» de resolver la incertidumbre sobre la existencia de hechos cuya complejidad no sea reducible. A menudo, ambas pruebas se usan conjuntamente, lo que permite obviar en alguna medida su debilidad intrínseca. Por otra parte, parece que resultan inevitables o, en todo caso, es inevitable el recurso a técnicas de prueba incompleta, aproximativa e indirecta, en los casos no infrecuentes en los que el hecho jurídicamente relevante es complejo y no se puede descomponer en una serie más o menos amplia de hechos simples. Como consecuencia, no sólo la complejidad puede ser una característica irreducible del hecho sino que ésta impone el planteamiento de la prueba del hecho con exigencias y modalidades peculiares.

5.2. *El hecho colectivo*.–Un caso particularmente interesante de hecho complejo se produce cuando la anomalía respecto de la idea-base de hecho simple no se da en la estructura o en la duración de la situación de hecho sino en su *dimensión subjetiva*. Una de las características implícitas en la idea del hecho simple es, en realidad, que éste se desarrolle tendencialmente únicamente entre las partes o, al menos, que sólo sea relevante aquella parte del hecho que afecte a una o ambas partes. Naturalmente, esto no es válido de forma rigurosa, ya que, por un lado, la identificación de los sujetos que asumen el rol formal de partes depende en amplia medida de las elecciones individuales de esos sujetos y no de la naturaleza de la situación de hecho que está en la base de la controversia; y, por otro lado, existen situaciones en las que el hecho relevante para las partes puede producir efectos jurídicos respecto de sujetos distintos de las partes. La referencia subjetiva a las partes es, en cualquier caso, fuerte y explica fenómenos como los límites subjetivos de la cosa juzgada[168], mientras que la posibilidad de que la situación controvertida afecte también a sujetos distintos está en la base de diversas instituciones procesales, como la extensión subjetiva

168. Para una interpretación restrictiva de estos límites, además de un análisis sintético del problema, v. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, pp. 26 ss., 107 ss., 155 ss., 164 ss.

El aspecto más interesante parece ser, sin embargo, el referido al caso en el que los efectos de la cosa juzgada se extiendan de distintas formas, y por distintas razones, más allá del ámbito subjetivo de las partes: al respecto v., especialmente, Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 87 ss., 159 ss., 117 ss.

de los efectos de la cosa juzgada, la intervención procesal, el litisconsorcio o la oposición de tercero a la cosa juzgada*.

No obstante, debe destacarse que incluso cuando la dimensión subjetiva de la situación jurídicamente relevante se complica en función de aspectos que pueden implicar a terceros, se permanece —por lo general— dentro de ámbitos subjetivos limitados y —siempre por lo ge-neral— individualizados o individualizables. Por un lado, en efecto, no es «normal» que una situación de hecho implique jurídicamente a un amplio número de personas; no por casualidad, la mayor parte de los conceptos y de las instituciones del procedimiento civil, en casi todos los ordenamientos, está basada en el presupuesto más o menos implícito de que ese proceso tiene que ver con situaciones que generalmente implican a pocos sujetos, siendo el ideal que éstos sean únicamente dos y desempeñen los papeles canónicos de actor y demandado[169]. No es casualidad tampoco que los sistemas tradicionales del proceso civil entren en crisis, o al menos encuentren notables dificultades de funcionamiento, cuando la situación controvertida es multipolar en lugar de bipolar o bien cuando el número de los sujetos interesados supera las pocas unidades[170]. Por otro lado, el número y la identidad de los sujetos actual o potencialmente implicados está tendencialmente determinado o es, al menos, determinable: funcionan, en este sentido, instituciones como los límites subjetivos de la cosa juzga-

* Se trata de una institución existente en algunos ordenamientos, como el italiano o el francés, que permite al tercero que puede verse perjudicado por una sentencia recaída en un proceso en el que no fue parte oponerse a la misma para que no le afecte la cosa juzgada. V. artículos 404 cod. proc. civ. it. y 474 cod. proc. civ. fr. En España, la jurisprudencia ha admitido la extensión de la acción pauliana (art. 1111.2 C.C.) para combatir esos mismos efectos. [*N. del T.*]

169. V., en particular, Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, en *Harv. L. R.* 89, 1976, pp. 282 ss.

170. Cf., al respecto, Chayes, *op. cit.*, pp. 1289 ss.; Aldisert, *The Role of the Courts in Contemporary Society*, en *Un. Pittsb. L. R.* 34, 1977, pp. 462 ss. V., además, Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 153 ss., 254 ss., también para ulteriores referencias bibliográficas.

Son diversas las situaciones en las que se puede manifestar la crisis del modelo bipolar del proceso: un ejemplo es el de la *complex litigation* (sobre el que se puede ver, sintéticamente, Taruffo, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, VI, Torino, 1989, pp. 400 ss. y, en la amplia literatura sobre el tema, Marcus y Sherman, *Complex Civil Litigation*, St. Paul, Minn., 1985, y Brazil, Hazard y Rice, *Managing Complex Litigation*, Chicago, 1983. Otro ejemplo es el de la *public law litigation* (sobre el que se puede ver Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 401 ss.; Chayes, *op. cit.*, pp. 1281 ss.). Un tercer ejemplo muy relevante es el de las *class actions* (sobre el que se puede ver, sintéticamente, y para las indicaciones principales, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 403 ss.).

da, las reglas de legitimación ordinaria o extraordinaria, la tipificación de los supuestos de hecho de intervención procesal o de litisconsorcio, entre otras[171]. El «sujeto imprevisto» puede, en realidad, aparecer en escena, con una intervención procesal o una oposición de tercero a la cosa juzgada, pero las posibilidades de que sea realmente «imprevisto» son absolutamente marginales. Naturalmente, en consecuencia, son tendencialmente irrelevantes los sujetos indeterminados o indeterminables que pueden teóricamente estar implicados por la situación que da lugar a la controversia, pero que permanecen extraños a ella.

Una concatenación de conceptos y de instituciones de este tipo, que individualiza una serie de características estructurales fundamentales del proceso civil, presupone precisamente hechos subjetivamente simples. La consecuencia obvia es que el proceso es apto tendencialmente para seleccionar y determinar hechos de ese tipo, que habitualmente son los que ocurren.

Sin embargo, existen también, y aumentan progresivamente aunque aún no sean habituales, situaciones en las que el hecho no es subjetivamente simple en el sentido definido, ya que implica a muchos sujetos, con dimensiones numéricas no reconducibles a la categoría imprecisa, pero limitada, de los «terceros» o de los «litisconsortes».

Frente a estas situaciones, la reacción del sistema procesal, basado en las ideas del hecho simple y de la controversia bipolar, consiste normalmente en limitarse a funcionar *iuxta propria principia*, es decir, en provocar la fragmentación de la situación que implica muchos sujetos en una serie de controversias bipolares, de modo que cada una de ellas pueda ser incluida en el esquema subjetivo habitual.

Así, para usar un ejemplo elemental, si un solo hecho produce daños a centenares o millares de personas, se tendrán centenares o millares de acciones individuales solicitando el resarcimiento del daño, cada una de las cuales se desarrollará entre dos únicos sujetos: el damnificado individual y el responsable. Puede suceder que estas acciones, o algunas de ellas, se reúnan en un mismo proceso, pero ésta es una eventualidad accidental que no afecta al carácter individual y bipolar de las acciones concretas. Fragmentando así la situación jurídica en otras tantas situaciones individuales, también se elimina la complejidad subjetiva o, al menos, se elude o esconde: desde el punto de vista de la controversia concreta, se olvida que el hecho ha producido daños a centenares o millares de personas, ya que al actor Ticio le interesa únicamente el daño que él mismo ha sufrido y, por tanto, para él exis-

171. Cf. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 113.

te sólo aquella «porción del hecho» que directamente le afecta. Siendo cada controversia individual, no es necesario probar la efectiva dimensión subjetiva del hecho: es suficiente que se pruebe aquello que sea necesario para fundar la demanda de Ticio. Por decirlo de otro modo, no es importante, y nada cambia, que Ticio sea el único damnificado o sea uno entre miles de damnificados por el mismo evento.

Esta modalidad de funcionamiento del proceso, basada esencialmente en la negación de la complejidad subjetiva del hecho siempre que éste supere los limitados esquemas de partes/terceros, ha ido perdiendo su exclusividad en los últimos tiempos, a partir del momento en que en varios ordenamientos se ha empezado a reconocer la necesidad de la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, considerados *en cuanto tales*.

Como es sabido, ésta es una de las vicisitudes más interesantes e importantes en la evolución de los ordenamientos modernos, que ha tenido hasta ahora resultados muy diversos en los distintos sistemas y que ha implicado —a veces provocando su crisis— a una gran cantidad de aspectos de la administración de justicia civil[172]. Entre los numerosos aspectos relevantes de este proceso de cambio aún en curso, uno resulta especialmente interesante en esta sede. Se trata de una suerte de inversión de la incidencia entre la dimensión subjetiva de la situación de hecho y los esquemas e instituciones procesales. Desde la óptica tradicional, como ya ha sido mencionado, esa relación se produce de forma que el esquema procesal determina la definición del hecho: dado que ese esquema presupone un hecho simple y bipolar, la situación concreta es reducida a hechos simples y bipolares (multiplicando oportunamente las controversias individuales). La inversión se produce cuando, frente a una situación de hecho que empíricamente afecta a muchos sujetos, esta dimensión se mantiene inamovible y se pretende modificar el equilibrio institucional del proceso de forma que pueda afrontar hechos subjetivamente complejos con dimensiones que superan ampliamente la clásica controversia con pocas partes[173]. En otras palabras, se producen situaciones en las que el hecho subjetivamente complejo entra *como tal* en el proceso, correspondiendo eventualmente a este último adaptar sus propias estructuras a esas nuevas situaciones[174].

Obviamente, esta situación no es simple, lo que se demuestra por las importantes dificultades que en muchos ordenamientos (y de forma particular en el italiano) se oponen a la introducción de modalidades eficientes de tutela de los intereses y de los derechos que derivan de hechos con relevancia supraindividual[175]. Sin embargo, algunas experiencias están bastante maduras (aunque en absoluto hayan concluido) como para permitir un primer análisis de los hechos subjetivamente complejos y de las consecuencias que éstos pueden producir en el terreno probatorio.

Ante todo, conviene subrayar que los procesos dirigidos a la tutela de bienes e intereses con relevancia supraindividual no siempre implican la identificación y la prueba de hechos subjetivamente complejos. En efecto, puede suceder que esta dimensión del hecho no se presente en un primer plano o bien que sólo sea relevante de forma secundaria. Tómese, por ejemplo, la tutela del medio ambiente: no hay dudas de que la contaminación de un río o la destrucción de un paisaje son hechos que tienen una relevancia supraindividual, ya que perjudican el interés de grupos o comunidades muy amplias. Este aspecto, de gran importancia social y hasta política, no tiene necesariamente, sin embargo, relevancia en el proceso desde el punto de vista de la identificación y de la prueba del hecho. Puede suceder también que el ámbito subjetivo de la situación dañosa tenga algún interés para otros objetos como, por ejemplo, la individualización de los sujetos legitimados para actuar o para intervenir, en la medida en que esa legitimación puede no ser reconocida a todos los sujetos realmente afectados por el hecho dañoso[176]; pero la consideración de la dimensión subjetiva del hecho

172. El fenómeno es tan complejo que no se pueden dar indicaciones exhaustivas. Entre los escritos más significativos en la literatura italiana v., en cualquier caso, Denti, *Interessi diffusi*, en *Noviss. Dig. It. Appendice*, Torino, 1983, pp. 305 ss.; Trocker, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pp. 1112 ss.; Caravita, *Interessi diffusi e collettivi*, en *Dir. e soc.*, 1982, pp. 36 ss.; Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979.

173. La razón por la que se produce este fenómeno es, habitualmente, que la tutela fragmentaria de cada posición individual se presenta difícil o imposible. Ésta es, en efecto, la exigencia que está en la base de la institución que aquí resulta más interesante, las *class actions*: v., al respecto, sobre los orígenes de la institución, Vigoriti, *op. cit.*, p. 263; Taruffo, *I limiti soggetivi del giudicato e le «class actions»*, en *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 619; Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward A History of the Class Action*, en *Col. L. R.* 77, pp. 867 ss.; Id., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Conn., 1987; Bone, *Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation*, en *Boston Un. L. Rev.* 70, 1990, pp. 213 ss.

174. Cf., para algunas menciones sintéticas a esas adaptaciones en el caso de las *class actions* y referencias bibliográficas, Taruffo, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 404 ss.

175. Para una visión panorámica, cf. Cappelletti y Garth, *The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ed. por W. J. Habscheid, Bielefeld, 1983, pp. 117 ss.

176. En Italia se ha adoptado, efectivamente, una solución fuertemente limitativa por parte del artículo 18 de la ley n. 349 de 1986, creadora del Ministerio de Medio Ambiente. Cf. Taruffo, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova dis-*

puede permanecer extraña a la determinación del mismo o estar presente de una forma absolutamente secundaria. Sucede, en realidad, que el principal punto de referencia es el *bien* que ha sido lesionado o corre el riesgo de serlo[177], no la individualización de los sujetos que disfrutan realmente de ese bien, y que, además, esos sujetos no entran siquiera en juego como titulares (individuales o colectivos) del derecho de resarcimiento del daño[178].

Por otro lado, hay en cambio situaciones en las que el proceso se adapta —por decirlo así— a la presencia de situaciones de hecho subjetivamente complejas, pero lo hace únicamente instituyendo mecanismos para tratar conjuntamente de forma más ágil acciones individuales. Es el caso del modelo ya tradicional de la *class action*, referido a la hipótesis en que un hecho o comportamiento concreto crea una pluralidad de derechos individuales cuya tutela se realiza reuniéndolos en un único proceso[179].

Sin embargo, debe observarse que la dimensión colectiva del hecho crea, *en cuanto tal*, consecuencias importantes en el proceso, a menos que sea eliminada o negada sin mayor discusión.

Ante todo, hay una consecuencia de orden general que se produce en función de la naturaleza del hecho e independientemente de los resultados que se den en términos del contenido de la tutela. Esta consecuencia es que, a menudo, la dimensión subjetiva del hecho resulta directamente relevante para aquello que hay que determinar para poder llegar a la decisión. Incluso cuando el hecho dañoso concreto no

ciplina del danno ambientale, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 429 ss.; Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, pp. 369 ss.; Landi, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991, pp. 63 ss.; Grasso, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, en *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 507 ss.

177. Cf., en particular, Caravita, *op. ult. cit.*, pp. 367 s.; también Francario, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 486 ss.; Id., *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, pp. 8 ss., 67 ss.; Bigliazzi Geri, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1978, pp. 496 ss.; Libertini, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, *ivi*, pp. 552 ss.

178. Esto es lo que sucede en Italia a partir de la ley n. 349 de 1986, que considera como daño al Estado el daño ambiental y excluye la posibilidad de su resarcimiento a favor de los efectivos usuarios del medio ambiente. V. sobre este aspecto las referencias indicadas en las notas precedentes y, en particular, Caravita, *Diritto pubblico*, cit., pp. 374 ss.; Landi, *op. cit.*, pp. 35 ss. Sobre la naturaleza colectiva del daño medio-ambiental v., en cambio, Francario, *Danni ambientali*, cit., pp. 211 ss.

179. Sobre el modelo «clásico» de las *class actions* v., ampliamente, Vigoriti, *op. cit.*, pp. 251 ss.; también Taruffo, *I limiti soggettivi*, cit., pp. 619 ss., e Id., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 403 ss.

produce, en función de la regulación jurídica de estas situaciones, más que una serie de derechos individuales al resarcimiento del daño, la determinación del hecho cambia si esos derechos se hacen valer todos juntos en el mismo proceso. Una cosa es determinar que el hecho *X* ha producido un daño a Ticio y otra determinar que el hecho *X* ha provocado daños a miles de personas que conjuntamente, aunque cada una de ellas a título individual, reclaman ser resarcidas[180]. Basta percibir que la consecuencia dañosa forma parte del «hecho» para entender que éste cambia, en el proceso, en función de si se han hecho valer mil acciones individuales en procesos distintos o en el mismo proceso: en el segundo caso, el hecho debe ser determinado en su dimensión subjetiva completa, es decir, en realidad, en su dimensión «objetiva», individualizada en función de las características del evento material y no en función de la relevancias respecto de posiciones jurídicas individuales[181].

Esto vale aun cuando se trata de acciones individuales que se presentan por separado por los sujetos que han sufrido directamente el perjuicio. Pero las categorías ordinarias y la correspondiente idea tradicional acerca del hecho quedan todavía más desplazadas en otras situaciones que también pueden derivarse de hechos dañosos subjetivamente complejos. Es así, por ejemplo, en el caso de la *mass tort class action*, planteada por algunos sujetos por cuenta de un grupo de damnificados, que no está identificado exacta y definitivamente en el momento de la demanda (y tampoco en el de la decisión)[182].

180. Surge al respecto el importante problema de definir los términos de la «cuestión común» a los distintos sujetos interesados, es decir, de definir el hecho no en los términos de concretas demandas individuales sino en sus dimensiones efectivas. Al respecto, el juez de la *class action* dispone de poderes particulares, mucho más amplios que aquellos de los que dispone en las aciones ordinarias: cf. Vigoriti, *op. cit.*, pp. 266 ss.; *Developments in the Law-Class Actions*, en *Harv. L. R.*, 1976, pp. 1450 ss., 1479 ss.

181. Tomar en consideración todas las consecuencias subjetivas del hecho —al menos tendencialmente— equivale, en realidad, a considerarlo «objetivamente», es decir, sin privilegiar ningún aspecto del mismo en detrimento de otros. Si todos los sujetos interesados resultan relevantes, ningún sujeto particular puede identificar por sí solo el hecho en la dimensión que le sea más ventajosa, excluyendo aquello que individualmente no le interese pero que pueda ser relevante en general.

182. Sobre este fenómeno cf., en particular, Giussani, *Le «mass tort class actions» negli Stati Uniti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 331 ss.; también Bush, *My Brother's Keeper — Some observations on Federal Rule 23 and Mass Tort Class Action in the United States*, en *Civ. Just. Q.*, 1986, pp. 201 ss.; Rosenberg, *Class Actions for Mass Torts: doing Individual Justice By Collective Means*, en *Ind. L. J.* 62, 1987, pp. 561 ss.; Note, *Mass Exposure Torts: An Efficient Solution to a Complex Problem*, en *Un. Cinc. L. R.* 54, 1985, pp. 467 ss.; Note, *Federal Mass Tort Class Action: A Step, Toward Equity and Efficiency*, en *Alb. L. R.* 47, 1983, pp. 1180 ss. En sentido crítico cf. Williams, *Mass Torts Class Actions: Going, Going, Gone?*, en *F.R.D.* 98, 1983, pp. 323 ss.

En casos como éstos, la incidencia de la dimensión subjetiva del hecho es bastante clara: cambia la forma de identificar, por ejemplo, el efecto dañoso y la cuantía del correspondiente resarcimiento[183]. Se llega a admitir, algunas veces, que esos aspectos del hecho no estén completamente determinados *a priori* o que lo estén en función de criterios no analíticos, como sucede cuando no se identifican de forma inmediata todos los miembros de la *class* de los que tienen derecho a lo que fuere.

Surge así un aspecto añadido interesante: la posible indeterminación de la dimensión subjetiva, que no afecta únicamente a las acciones resarcitorias.

El problema de «dar por determinado» el hecho incluso a falta de una prueba completa y analítica de sus consecuencias en el aspecto subjetivo, es decir, de la individuación exacta de los sujetos que sufren esas consecuencias, se ha planteado, aparte de en las *mass tort class actions*, también en las acciones antidiscriminatorias. En el caso de las *mass tort*, como en el famoso *Agent Orange case*, se pretende definir las consecuencias dañosas de un hecho (en el ejemplo la exposición a materiales peligrosos) sin que estén exacta y analíticamente probadas, o mejor: más allá de los límites en que están analíticamente probadas[184]. Aquí se trata, en realidad, de resarcir no sólo a los sujetos que demuestren haber sufrido determinados efectos dañosos sino también a aquellos que probablemente los sufrirán. Esto es, se trata de determinar el daño sin limitarse a sumar los daños individuales demostrados sino estableciendo la presumible cuantía total del mismo, es decir, definiendo de forma aproximativa el número de los sujetos que probablemente han sufrido consecuencias perjudiciales del hecho dañoso o que las sufrirán en el futuro[185]. En resumen, se pretende medir el remedio para la dimensión subjetiva real del hecho dañoso, pero —especialmente frente a desastres masivos con efectos dañosos que pueden verificarse incluso con posterioridad— esta dimensión no puede ser rigurosa y analíticamente probada[186]. Por otra parte, limitar la tutela únicamente

183. En numerosos casos de *public law litigation*, además, las consecuencias del hecho no sólo son de tipo reparatorio o de resarcimiento, sino que implican la modificación de la situación de hecho o la creación de situaciones nuevas. Se deriva de aquí una visión *prospectiva*, y no sólo reconstructiva, de la situación de hecho: cf. Chayes, *op. cit.*, p. 1296.

184. Para un análisis de esta situación y amplias referencias bibliográficas cf. Giussani, *La prova statistica nelle «class actions»*, en *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 1033 ss.

185. Cf. Giussani, *op. ult. cit.*, pp. 1040, 1042 s., 1046.

186. Sobre la imposibilidad de la prueba específica del nexo causal individual v., en particular, Giussani, *Le «mass tort class actions»*, cit., pp. 347 s.; Id., *La prova statistica*, cit., p. 1043.

a los daños analíticamente demostrados significaría reducir excesivamente el ámbito tutelado, excluyendo numerosas situaciones. Para evitar esa limitación, se acaba aceptando que el «hecho» esté ampliamente indeterminado en su dimensión subjetiva y que esa dimensión sea probada sólo parcialmente[187].

En las acciones antidiscriminatorias, las reglas tradicionales exigirían que se impusiese una sanción únicamente en los casos en que la discriminación resultara probada en perjuicio de sujetos específicos. También en ese caso, sin embargo, se obtendría como consecuencia una fuerte reducción del ámbito de la tutela jurisdiccional de la igualdad de trato, ya que a menudo sucede que la discriminación no es demostrable de forma directa. Para evitar esta consecuencia, se admite que el «hecho» representado por el comportamiento discriminatorio puede no ser exactamente o completamente identificado desde el punto de vista subjetivo: en otros términos, puede incluso faltar la exacta y completa individualización de los sujetos discriminados siempre que sea conjeturable la existencia del comportamiento discriminatorio[188].

En situaciones como éstas, se pone en evidencia un tipo de hecho que es complejo desde el punto de vista subjetivo porque tiene la peculiaridad de explicar efectos que se producen sobre grupos muy amplios de sujetos, a veces amplísimos y a menudo parcialmente indeterminados. En algunas ocasiones, como ya se ha mencionado, esa complejidad se resuelve en el campo de la identificación del hecho, fragmentándolo en una serie de «hechos individuales» o concentrando una serie de acciones individuales en el mismo proceso. Sin embargo, surge la

187. Cf., una vez más, Giussani, en los lugares citados en las notas precedentes.

188. Sobre estas situaciones y sobre la necesidad de abandonar la prueba específica de la discriminación en perjuicio de sujetos determinados, v., entre lo más reciente, también para otras referencias, Giussani, *La prova statistica*, cit., pp. 1032 s., 1044 s. Una situación de ese tipo está ahora prevista expresamente en la ley de 10 de abril de 1991, n. 125, en materia de acciones positivas para tutelar la paridad hombre-mujer en el puesto de trabajo, cuya *ratio* fundamental es precisamente el de hacer posible la tutela contra las denominadas discriminaciones indirectas. El artículo 4, párrafo 5, prevé que el recurrente ofrezca elementos de hecho «obtenidos incluso de datos de carácter estadístico» idóneos para fundar una presunción de existencia de la discriminación. En ese caso, corresponde al empleador demandado la carga de demostrar la inexistencia de la discriminación (al respecto v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 3.5). Por otra parte, el punto 6 del mismo artículo 4 prevé que el recurso pueda ser planteado por el *consigliere di parità* «también cuando no se puedan individualizar de forma inmediata y directa los trabajadores afectados por la discriminación», haciendo así posible la acción de tutela incluso cuando no estén individualizados los sujetos concretos directamente damnificados. [El *consigliere di parità* es un órgano público encargado de velar por la igualdad sexual y que puede actuar en juicio en defensa de ese objetivo. *N. del T.*]

exigencia, en distintos campos, de no dejar la identificación del hecho exclusivamente a la dinámica de las acciones individuales y de hacer que la dimensión real del hecho emerja en cuanto tal en el juicio. Ahora bien, dada la complejidad subjetiva del hecho, que algunas veces alcanza dimensiones enormes, esta operación tiene un costo en términos de precisión: el hecho podrá ser *substancialmente* identificado y probado, pero dentro de márgenes más o menos relevantes de aproximación en la definición de los sujetos implicados. Se tratará, así, de un hecho caracterizado por márgenes incluso notables de indeterminación subjetiva.

Naturalmente, esto tiene consecuencias que no carecen de importancia en el plano probatorio. Por un lado, se trata de reconocer la posibilidad de que pueda constituir el objeto de la prueba un hecho que no sólo presenta peculiaridades muy diversas respecto de la idea base del «hecho simple», sino que además no está exactamente definido, al menos, en un aspecto de notable relevancia como es la extensión subjetiva de sus consecuencias. Esto es, se establece que se ha producido un hecho o un comportamiento lesivo; se establece también que ese hecho afecta a un grupo de personas que está individualizado sólo parcialmente, de forma que en cierta medida los confines del grupo permanecen inciertos.

Por otro lado, frente a hechos de este tipo resultan inevitables cambios relevantes en las técnicas habituales de prueba. Si se trata de establecer las probables consecuencias *futuras* de la exposición a radiaciones o a materiales peligrosos, o de establecer la probabilidad de que haya sujetos discriminados en una empresa en la que se da un porcentaje desequilibrado de blancos respecto de negros o de hombres respecto de mujeres, está claro que los medios habituales de prueba pensados para determinar hechos materiales simples no resultan particularmente eficaces. No por casualidad, los sectores de los que se ha discutido hasta ahora son aquellos en los que se emplea típicamente la denominada *prueba estadística* a los efectos de determinar de forma inferencial, y en términos de aproximación cuantitativa, aquellos aspectos del hecho subjetivamente complejos que por distintas razones no pueden ser ni exactamente individualizados *ex ante* ni analíticamente probados de las formas habituales[189].

Los aspectos que se han puesto en evidencia aquí pueden parecer muy discutibles, o quizás incluso inaceptables, desde el punto de vista de las formas corrientes de concebir el «hecho» y de definir los supuestos de hecho sustanciales en cuestión. A pesar de ello, no se puede

189. Cf. Giussani, *op. ult. cit.*, pp. 1039 ss., 1046 ss.

negar que esos problemas existen y que tienen la peculiaridad de poner en crisis, precisamente, las ideas habituales acerca de la individualización del supuesto de hecho y de la definición de lo que puede constituir objeto de prueba.

5.3. *El hecho psíquico*.–Otra de las convenciones que implícitamente se asumen cuando se emplea la idea común de «hecho» es que éste es, además de simple y bien identificado, también *material*: esto es, se supone que el hecho está constituido por un evento del mundo físico o por un comportamiento que se traduce en actos materiales[190]. Se analiza así desde la contaminación a la conducta antisindical, desde el accidente de tráfico a la posesión.

Una vez más, sin embargo, es necesario constatar que la idea-base del hecho es demasiado simplista y reductiva, dado que existen numerosos hechos jurídicamente relevantes que no pueden ser calificados como materiales en el sentido recién mencionado. Se trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades[191]. Para referirse a hechos de esta naturaleza no se necesitan sofisticadas o rebuscadas ejemplificaciones: basta pensar en la voluntad y en sus respectivos vicios en el contrato, en la condición de buena fe o de mala fe, en los innumerables casos en los que importa la culpa leve o la culpa grave, en los casos en los que importa el «conocimiento» de algo (como, por ejemplo, del estado de insolvencia del deudor a los efectos de la revocatoria), para tener docenas de supuestos en los que el hecho relevante es un «hecho psíquico» interno a la esfera mental, cognitiva o emocional de algún sujeto.

Así pues, no es necesario subrayar la frecuencia y la importancia de estas situaciones; éstas son, por otra parte, tan obvias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han analizado ampliamente nociones como «dolo», «culpa», «error», «mala fe», «acto en fraude de...», «conocimiento del estado de insolvencia», etc. Si bien ese análisis no ha conllevado la elaboración de un catálogo completo y estable de definiciones, aptas para ser usadas sin problemas en todos los casos en los que entra en juego algún hecho psíquico, sí ha permitido que cuando resulta necesario interpretar una norma que atribuye relevancia jurídi-

190. V., por ejemplo, la definición general del hecho jurídico empleada por Carnelutti, *Teoria generale*, cit., p. 200.

191. Sobre el uso de conceptos psicológicos en las normas v., en particular, Scarpelli, *Contributo alla semantica*, cit., pp. 124 ss.

ca a uno de esos hechos se disponga normalmente de criterios que permitan definirlos. Esta operación puede ser más o menos problemática y puede dar resultados más o menos seguros en función del tipo de hecho psíquico y del respectivo nivel de elaboración alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia, pero puede sostenerse que existe una posibilidad razonable de individualización del hecho psíquico que la norma considera relevante. Aquí no interesa discutir, en realidad, en qué medida resulta simple y segura la individualización del hecho, ni tampoco establecer en función de cada caso la medida en que esa individualización es realizada por las normas y la medida en que es dejada en manos de los intérpretes; lo que importa destacar es que incluso cuando las normas son abiertas e indeterminadas en la definición de los hechos no materiales relevantes se dipone normalmente de un *corpus* de nociones y de conceptos que permiten definir el respectivo supuesto de hecho, resolviendo en vía de integración interpretativa la falta de individualización de las definiciones normativas[192].

Surgen, en cambio, problemas relevantes desde el punto de vista de la prueba de los hechos no materiales por la buena y obvia razón de que puede no ser fácil en absoluto (y algunas veces imposible) ofrecer una demostración «externa», que sea de algúna forma cognoscible y verificable intersubjetivamente, de hechos que sólo «existen» en la esfera psíquica del sujeto[193]. Resulta, al menos, intuitivo que para esos hechos no sirven automáticamente las mismas técnicas probatorias que sirven para los hechos materiales o que, en todo caso, aquéllas deben ser considerablemente adaptadas.

Algunas veces, el problema tiene soluciones que no son particularmente complejas. Se trata esencialmente de los casos en los que, por ejemplo, siendo relevante la voluntad contractual de un sujeto, en realidad, se recurre a las *declaraciones* que aquél ha realizado o, en todo caso, ha hecho propias en la estipulación del contrato[194]. De esta forma, el problema de la prueba se simplifica radicalmente: la declaración es, en realidad, un hecho «material» que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente[195]; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy general) de otros comportamientos materiales. El hecho de que Ticio haya realizado una específica declaración no es distinto del hecho de que Ticio haya consignado una suma de dinero: ambos hechos (independientemente de las actitudes psicológicas subyacentes) son demostrables «objetivamente». Esto facilita, por otra parte, la construcción de reglas probatorias específicamente destinadas a regular la prueba de las declaraciones negociales; además, algunos ordenamientos privilegian algunas técnicas probatorias que consideran más «seguras» hasta llegar a hacer incontestable el resultado y excluir la posibilidad de emplear pruebas distintas. Los artículos 2721-2726 del vigente código civil italiano son un buen ejemplo de cómo puede regularse la prueba de las declaraciones negociales de una forma muy analítica, así como alcanzar niveles elevados de «certidumbre jurídica» cuando la prueba documental privilegiada presenta características particulares, consideradas idóneas para garantizar la «seguridad»[196].

Por otra parte, debe subrayarse que, de esta forma, el problema de la prueba de un hecho psíquico como la voluntad negocial se resuelve de un modo relativamente fácil porque se transforma en un problema distinto, que se remite a la prueba de un hecho material: la declaración y no la voluntad. Este mecanismo se mantiene, y el *escamotage* funciona, mientras resulta válido el presupuesto implícito en el que se basa, esto es, la equivalencia funcional entre voluntad y declaración, derivada de la suposición de que la declaración se corresponda con la voluntad del sujeto que la realiza: en otros términos, se supone que cualquiera declara precisamente aquello y todo aquello que quiere declarar.

192. Cf. Scarpelli, *op. y loc. ult. cit.*

193. Scarpelli, *op. ult. cit.*, p. 125, subraya que de esos hechos se puede tener únicamente un conocimiento indirecto basado en la observación de comportamientos o de disposiciones a comportamientos.

194. En la base de esta solución está el clásico problema referido al conflicto entre el «dogma de la voluntad» y el «dogma de la declaración»: en cualquier caso, ese problema tiende a resolverse en el sentido de que el contenido del acto es determinado sobre la base del texto de la declaración emitida, mientras que la voluntad como hecho psíquico puede servir eventualmente para definir el significado de la declaración. En cualquier caso, se excluye que la voluntad tenga relevancia autónoma como hecho psíquico interno al sujeto, debiendo siempre recurrirse a los términos objetivos en los que aquélla fue manifestada en la declaración. Sobre estos temas, cf. en particular, en la doctrina más reciente, Schlesinger, *Dichiarazione. I. Teoria generale*, en *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 379 ss.; Torrente y Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, [13]1990, pp. 117 ss., 255 ss.; Zatti y Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, [2]1989, p. 382; Galgano, *Diritto privatto*, Padova, [6]1990, pp. 247 ss., 332, 337; *L'interpretazione del contratto. I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, a cargo de G. Alpa, Milano, 1983, pp. 145 ss. En sentido contrario, es decir, a favor de la prevalencia autónoma de la voluntad, cf. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, [31]1990, pp. 135 ss., 616 ss. [hay tr. cast. de la 1.ª ed., *Instituciones de derecho civil*, a cargo de L. Martínez-Calcerrada, Madrid, 1967].

195. Cf. Schlesinger, *op. cit.*, p. 374.

196. V., en particular, Taruffo, *Prova testimoniale. a) Diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 741 ss.

Una premisa de este tipo permite atribuir relevancia jurídica a la declaración en sí misma, desligándola de la relación con la voluntad «subyacente», y resolver *sobre esta base* el problema de la prueba. La voluntad como elemento psicológico resulta así irrevelante[197] y, por tanto, no hay necesidad alguna de probarla, en la medida en que los efectos jurídicos previstos por las normas se refieren a la declaración entendida como hecho material que «incorpora» y «reproduce» fielmente la voluntad del declarante.

El problema de la prueba se resuelve, pues, en la medida en que sea suficiente probar la declaración *en lugar* de la voluntad, pero no se trata obviamente de una solución absoluta. Puede suceder, en efecto, que la voluntad retorne directamente a escena haciendo irrelevante o discutible la declaración y replanteando, por tanto, el problema de la prueba de un hecho psíquico. Puede ocurrir, en efecto, que la voluntad esté viciada y que el vicio haya afectado a la validez de la declaración; o bien que la declaración corresponda a una voluntad válidamente expresada pero que ésta estuviera dirigida a un contenido distinto del que fue simulado; o bien que la declaración no sea clara y, por tanto, tenga que demostrarse cuál es su «verdadero» contenido, es decir, cuál fue la voluntad efectiva de los sujetos que realizaron la declaración[198].

De esta forma, el discurso retorna al problema fundamental, es decir, a las modalidades mediante las que puede ser probado un hecho no material y, específicamente, un hecho que «existe» sólo en la esfera psíquica y volitiva de un sujeto.

Los hechos de este tipo, en realidad, sólo pueden ser probados *directamente* de una forma: reconociendo algún valor probatorio a la «expresión» del hecho psíquico por parte del sujeto que es su «autor». Estados de conocimiento, valoraciones, actos de voluntad, etc., pueden ser demostrados si, y en la medida en que, un determinado ordenamiento decida que el juez pueda o deba creer al sujeto al que aquéllos —por decirlo así— «pertenecen»: sucede, así, que las respectivas «expresiones» pueden tener el débil valor de las inferencias probatorias si son emitidas en el contexto «incontrolado» del interrogatorio libre[199] o, en cambio, valor vinculante si son emitidas bajo la amenaza de las «sanciones» que deberían garantizar la veridicidad del juramento[200]. Algunas veces, la ley impone, también, que se consideren verdaderas las declaraciones *contra se*[201] o —más razonablemente— permite considerar verdaderas las declaraciones de la parte que haya dado testimonio de las mismas, eventualmente sometiéndose a la *cross-examination*[202]. Hay, pues, distintas posibilidades de utilizar a título de prueba declaraciones provenientes del sujeto; a ellas se reconducen también pruebas que en realidad provienen de terceros (como la declaración testifical de quien dice: «sé que Ticio ha dicho que él...») si pretenden demostrar o confirmar esas declaraciones.

El problema, en cambio, se complica notablemente cuando no se dispone de enunciaciones provenientes de un sujeto acerca de sus *propios* hechos psíquicos y, por tanto, éstos deben ser reconstruidos mediante otras modalidades.

La complicación deriva esencialmente del hecho que no son razonablemente posibles *otras pruebas directas* de esos hechos. Si bien es posible una declaración testifical del tipo «Sé que Ticio ha dicho que quería X, que sabía Y, etc.» (es decir, una declaración testifical sobre una *declaración* relativa a un hecho psíquico por parte de su «autor»), no parece posible una declaración testifical del tipo «Sé que Ticio *quiere* X o *sabe* Y». En efecto, si se analiza el fundamento de esta declaración testifical, se descubrirá que es una forma elíptica de decir que Ticio ha manifestado que quería X o que sabía Y, y entonces se está ante un caso de declaración testifical sobre una declaración de Ticio; o bien es una forma elíptica para decir que existen hechos idóneos para hacer pensar que Ticio quiera X o que sepa Y, pero entonces es una declara-

197. En ese sentido, muy claramente, Galgano, *op. cit.*, p. 248.

198. Ni siquiera en este caso, sin embargo, según la doctrina ampliamente mayoritaria, la declaración es puesta entre paréntesis para hacer prevalecer la voluntad como hecho psíquico interno. El conflicto entre voluntad y declaración, que surge cuando es dudoso el significado de la declaración, es, en efecto, resuelto haciendo prevalecer una vez más, en la medida de lo posible, el «dato» representado por la declaración. Por un lado, en efecto, se recurre a la voluntad únicamente como un elemento útil para determinar el significado de la declaración en sede de interpretación del contrato. Por otro lado, la «teoría de la buena fe o de la confianza» supone que la declaración prevalece en cualquier caso sobre la voluntad «interna» del declarante. Cf., al respecto, en la literatura más reciente, Torrente y Schlesinger, *op. cit.*, pp. 178, 256; Zatti y Colussi, *op. cit.*, pp. 382, 423; Galgano, *op. cit.*, pp. 249, 262 s., 332.

199. Cf. el artículo 116.2 del cod. proc. civ. it. Sobre el valor probatorio de las respuestas ofrecidas por las partes en el interrogatorio libre, cf. Carpi, Colesanti y Taruffo, *op. cit.*, p. 214, y también Cappelletti, *op. cit.*, I, p. 93; Vaccarella, *Interrogatorio delle parti*, en *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 394 ss.

200. Sobre el problema de la credibilidad del juramento v., por todos, Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, pp. 12 ss., 25 ss., 38 ss., 55 ss., 118 ss., 211 ss.

201. Cf. el artículo 2733.2 del cod. civ. it. y el artículo 2734.

202. Sobre la declaración testifical de las partes en los ordenamientos de *common law* v. la reconstrucción histórica de Cappelletti, *op. cit.*, II, pp. 421 ss. [tr. cast. parcial, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, a cargo S. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 319 ss.].

ción testifical *sobre esos hechos*, no sobre la voluntad o el conocimiento de Ticio; o bien es, por último, una forma de decir, simplemente, que el testigo sostiene, sin ningún elemento de confirmación, que Ticio quiere *X* o que sabe *Y*. En esta tercera hipótesis, que configura el caso-tipo de declaración testifical directa sobre un «hecho psíquico» ajeno, parece evidente que no se dispone de ninguna demostración aceptable de ese hecho, siempre que se quiera distinguir entre las reconstrucciones aceptables de la realidad y las fantasías, quizás, infundadas de los testimonios.

Así pues, parece que salvo en el caso de las declaraciones provenientes del propio «autor» del hecho psíquico, la única forma de determinar hechos de este tipo consiste en utilizar técnicas de reconstrucción *indirecta*. Esos hechos no pueden ser conocidos con los habituales medios de prueba; lo que se puede conocer con esos medios son hechos materiales a partir de cuya existencia y de cuyas modalidades se pueda argüir que un determinado sujeto tenga o haya tenido una determinada voluntad, el conocimiento de algún hecho, una determinada actitud valorativa, ciertos convencimientos, etc.

En línea de principio, el problema de la prueba de los hechos no materiales remite al problema de la prueba *inferencial* (o por presunciones), en la que, precisamente, el «hecho a probar» es típicamente derivado de otros hechos, aptos para fundamentar argumentos a favor de la existencia de aquel hecho[203].

No por casualidad, en diversos casos la experiencia adquirida respecto de este punto ha llevado a la jurisprudencia a elaborar conjuntos de hechos que se consideran *sintomáticos* de la existencia de determinadas situaciones psicológicas. Esto es, se tiende a tipificar, aunque sea de forma elástica y no vinculante, las circunstancias (especialmente los comportamientos) cuya presencia comporta «normalmente» la de un determinado hecho psíquico. A menudo esta tipificación está latente en la jurisprudencia y no ha sido sujeta a una reconstrucción sistemática; otras veces, en cambio, parece más bien evidente para quien se pregunta analíticamente de qué forma son reconstruidos determinados hechos psíquicos en juicio[204].

203. Sobre las peculiaridades de la prueba indirecta y, en particular, de la prueba por presunciones, v., *infra*, en el capítulo VI, 2.1 y 3.1.

204. Particularmente significativas son las orientaciones de la jurisprudencia acerca del conocimiento del estado de insolvencia a los efectos de la revocatoria ordinaria; al respecto, v. el agudo análisis de Gitti, *La ricostruzione indiziaria dell'elemento soggetivo nella revocatoria ordinaria*, en *Banca, borsa*, 1991, pp. 54 ss.

Análogamente, para el caso de la determinación de la intención fraudulenta de las

Fenómenos de este tipo se explican, por una parte, sobre la base de la extrema dificultad para determinar directamente el hecho psíquico y, por otra parte, sobre la base de la tendencia general de la jurisprudencia a construir esquemas típicos de indicios para supuestos de hecho particulares[205].

Esos fenómenos producen, en cualquier caso, una consecuencia de notable interés, que puede ser sintetizada así: cuando el hecho jurídicamente relevante es verdadera y propiamente un hecho psíquico (no reducible o reconducible a una declaración), casi nunca es determinado directamente. El verdadero «objeto del conocimiento» del juez son, en cambio, indicios que tienden a ser recogidos en esquemas tipificados, bajo la premisa de que esos indicios típicos producen con razonable seguridad la determinación del hecho psíquico en cuestión, al que la norma atribuye consecuencias normativas. Es, sin embargo, muy discutible la idea de que realmente, en esas situaciones, el juez determine la verdad o la existencia de un «hecho psíquico interno» del mismo modo en que determina presuntivamente un hecho material del que no tiene prueba directa. Sucede, en cambio, que *en lugar* del hecho psíquico interno el juez conoce *sólo* indicios que encajan en un esquema típico, y sobre la base de *ese* conocimiento considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar. Decir que, en ese caso, se está ante una determinación indirecta pero tipificada del hecho psíquico es quizás una inútil complicación formalista.

Es probablemente más realista pensar que ese hecho psíquico no es en realidad determinado; es más bien «sustituido» por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria. En resumen, el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto.

partes en el negocio en fraude de ley, cf. Gitti, *Il contrato in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 702 ss., 726 ss.

205. Sobre la tendencia a «tipificar» los criterios de valoración de las pruebas v., en general, Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, Munchen, ⁴1987, pp. 34 ss.

En particular, sobre la construcción de «familias» o «combinaciones» de indicios cf. Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. Band I. *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 205 ss.; Schneider, *op. cit.*, pp. 94 ss. En general, sobre el concepto de *Anscheinsbeweis*, fundado precisamente en la tipificación de grupos de circunstancias, v., *infra*, capítulo VI, 3.5.

Capítulo III

VERDAD, VEROSIMILITUD Y PROBABILIDAD

Sumario: 1. La verdad de los hechos en el proceso.–2. La verosimilitud.–3. La probabilidad cuantitativa.–3.1. El teorema de Bayes y sus aplicaciones.–3.2. Otras teorías cuantitativas.–3.3. Los límites de la probabilidad cuantitativa.–3.4. La prueba estadística.–4. La probabilidad lógica.–4.1. La probabilidad baconiana.–4.2. Los «conjuntos vagos» y el razonamiento aproximado.–4.3. Probabilidad y confirmación de hipótesis.

1. *La verdad de los hechos en el proceso*.–Como se ha destacado al inicio del libro, el problema de la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es complejo por varias razones[1]. Una de estas razones afecta específicamente al concepto de «verdad de los hechos», a si ésta es alcanzable y, en su caso, cómo lo es, tanto en general como, en especial, en el contexto representado por el proceso. Las peculiaridades que se presentan en este ámbito debido al hecho de que se trata de una determinación realizada en el proceso serán examinadas específicamente más adelante[2]. Aquí, en cambio, me interesa examinar algunas cuestiones de orden general que inciden directamente sobre la forma en que se resuelve el problema procesal de la verdad de los hechos.

Obviamente, es necesario partir de la premisa de que el problema tiene sentido, es decir, que éste no se niegue *a priori* o simplemente se evite dando por descontado que el proceso no puede o no debe tender hacia una determinación verdadera de los hechos. Al respecto, el es-

1. V., *supra*, capítulo I.
2. V., *infra*, capítulo V.

cepticismo está siempre sujeto a críticas; en especial, lo está si —como sucede a menudo— no se acompaña de justificaciones razonables; no vale la pena tomarlo en serio si —como otras veces sucede— permanece al nivel de opciones irracionales no del todo conscientes[3].

Existen en cambio buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis. La principal de esas razones, como se ha dicho en su momento, es que es necesario situar la determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión[4].

En este punto, el núcleo del problema no es, pues, preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse. Se trata, entonces, de un problema eminentemente epistemológico, ya que afecta a los caracteres y a las modalidades del conocimiento de un hecho, aunque sea en el ámbito de un contexto de experiencia específico caracterizado por reglas y exigencias institucionales particulares.

La referencia al contexto no es sólo necesaria, dado que en esta sede no es obviamente posible afrontar en términos generales los problemas del conocimiento y de sus modalidades. El contexto es también útil para «pasar a través» de un tema que de otra forma requeriría un análisis tan amplio que, en realidad, resultaría imposible. El tema es el concepto de verdad, que desde siempre ha estado en discusión en el ámbito filosófico, pero que en nuestro siglo e incluso en los últimos años ha conocido versiones distintas, polémicas y discusiones, especialmente en el ámbito de la metodología de las ciencias[5].

3. Sobre estas actitudes v., más ampliamente, *supra*, capítulo I, 2.1.

4. Para la demostración de este punto, v. *supra*, capítulo I, 4.2.

5. El tema no puede ser profundizado aquí, ni siquiera a nivel bibliográfico; por tanto, se indican únicamente algunas fuentes útiles para delinear un panorama del debate más reciente, sin pretensión alguna de exhaustividad. Cf. pues, Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 17 ss., 28 ss., 42 ss., 142 ss.; Davidson, *True to Facts*, ahora en Id., *Inquires into Truth and Interpretation*, Oxford, 1984, pp. 37 ss. [tr. cast., *Fiel a los hechos*, en Id., *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, a cargo de G. Filippi, Barcelona, 1990, pp. 57 ss.]; Id., *A Coherence Theory of Truth and Knowledge*, en *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, ed. por E. LePore, Oxford, reed. 1989, pp. 307 ss.; LePore, *Truth in Meaning*, *ivi*, pp. 3 ss.; Grandy, *What a Truth Theory Needs Not Tell Us*, *ivi*, pp. 179 ss.; Rorty, *Pragmatism, Davidson and Truth*, *ivi*, pp. 333 ss.; Price, *Facts and the Function of Truth*, Oxford, 1988, pp. 19 ss.,

Este debate es de un gran interés y debería ser conocido por los juristas mucho más de cuanto lo es, pero aquí puede hacerse referencia al mismo sólo implícitamente para sugerir indirectamente la relatividad de la perspectiva metodológica que parece más oportuna, precisamente teniendo en cuenta el hecho de que el problema de la verdad queda circunscrito al contexto del proceso.

El punto esencial que aquí merece la pena subrayar es la posición central que, en el panorama de las distintas teorías, asume la definición de la verdad como correspondencia de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico, debida en especial a Tarski[6]. Esta defini-

130 ss., 146 ss., 202 ss.; Wiggins, *What would be a substantial theory of truth?*, en *Philosophical Subjects: Essays Presented to P. F. Strawson*, ed. por Z. Van Straaten, Oxford, 1980, pp. 189 ss.; Devitt, *Realism and Truth*, Oxford, 1984; Niiniluoto, *Truthlikeness*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, pp. 134 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, pp. 181 ss.; Id., *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 275 ss.; *Der Wahrheitsbegriff*, ed. por L. B. Puntel, Darmstadt, 1987; Schmidt, *Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft*, en *Jur. Schul.*, 1973, pp. 204 ss.; Adomeit, *Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff*, *ivi*, 1972, pp. 628 ss.

Merece especial atención, aunque sea por la gran influencia ejercida sobre la filosofía analítica de las últimas décadas, el pensamiento de Willard van Orman Quine, quien ha sometido repetidamente a análisis el problema de la verdad. De Quine cf. en particular *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass.-London, 1990, especialmente pp. 77 s. [tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, especialmente pp. 119 s.]; la voz *Truth* en *Quiddities: An Intermittently Philosophical Dictionary*, London, 1990, pp. 212 ss.; *Word & Object*, Cambridge, Mass., reed. 1990, pp. 1 ss. [tr. cast., *Palabra y objeto*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1968, pp. 15 ss.].

En la literatura italiana, en referencia a la verdad de los hechos en el proceso, v. entre lo más reciente Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, ^{2}1990, pp. 18 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 45 ss.].

6. Cf. Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, tr. cast., en *La búsqueda del significado*, ed. por L. Valdés Villanueva, Madrid, 1991, pp. 275-313, para la definición de este concepto, que está seguramente entre las más difundidas en la literatura filosófica actual. Sobre el tema, v., además, Krajewski, *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston, 1977; Davidson, *True to Facts*, cit., pp. 38, 45 ss. [tr. cast., *Fiel a los hechos*, cit., pp. 57 s., 64 ss.]; PRICE, *op. cit.*, pp. 32 ss.; Field, *Tarski's Theory of Truth*, en *Reference, Truth and Reality*, ed. por M. Platt, London, 1980, pp. 83 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 151 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 181; Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 122 ss., 136; Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, tr. cast. a cargo de N. Míguez, Barcelona, 1994, pp. 273 ss.; Id., *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*, tr. cast. a cargo de C. Solís Santos, Madrid, 1992, pp. 284 s.; Schmidt, *op. cit.*, p. 205; Eberle, *Zur Rethorik des zivilprozessualen Beweis*, Frankfurt a. M-Bern-New York-Paris, 1989, pp. 62 s.

ción es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia[7], sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad[8]. Debe observarse que, en realidad, la teoría semántica de la verdad como correspondencia sirve para definir el *concepto de verdad*, mientras que las otras concepciones ofrecen distintos *criterios* posibles para determinar la verdad, útiles en función del contexto en que se plantee el problema de la verdad[9]. Existen, pues, razones filosóficas y epistemológicas de notable importancia a favor de acoger la idea de base de la verdad como correspondencia, aunque (o quizás precisamente por ello) ésta deja abierto el problema de los *métodos* para la determinación de la verdad[10].

No obstante, hay también razones, en la misma dirección, referidas propiamente al contexto representado por el proceso; éstas dejan, por un lado, abierta la eventualidad de que en otros contextos valgan conceptos distintos de verdad, pero, por otro lado, imponen la identificación de la idea de verdad que mejor se adapte a este contexto[11].

7. Esto no significa obviamente que la concepción de Tarski esté libre de críticas, incluso radicales. Véase, en efecto, entre los muchos análisis de esta concepción, Putnam, *El significado y las ciencias morales*, tr. cast. a cargo de A. I. Stellino, México, 1991, pp. 40 ss.; Id., *Do true assertions correspond to reality?*, en Id., *Mind, Language and Reality*, New York, 1975, pp. 70 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 142 ss. Por otra parte, la teoría de la correspondencia de Tarski es la más conocida, pero no la única: una versión distinta, muy interesante, también es, por ejemplo, la de Davidson (del que puede verse, en particular, *True to Facts*, cit., pp. 37 ss. —tr. cast., *Fiel a los hechos*, cit., pp. 57 ss.—, y *A Coherence Theory*, cit., pp. 309 ss.).

8. Es muy significativa al respecto la aproximación de Quine (v. en especial la voz *Truth*, cit., p. 215), quien somete a análisis crítico las concepciones de la verdad como coherencia y como correspondencia, destacando como conclusión que la concepción de Tarski es magistral y, además, *funciona*. Para un amplio examen de la teoría de la verdad como correspondencia, v. también Quine, *The Pursuit of Truth*, cit., pp. 80, 84 ss. [tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, cit., pp. 123 s., 129 ss.].

9. Sobre la asimetría de la noción de verdad como correspondencia respecto de las otras nociones de verdad, v., entre lo más reciente, Ferrajoli, *op. cit.*, p. 40 [tr. cast., pp. 65 s.]; Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 182, y Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 137 ss. V. además Ferrajoli, *ivi*, p. 53, nota 30 [tr. cast., p. 77, nota 30]; acerca de la diferencia entre la concepción semántica de Tarski y la concepción del realismo ingenuo.

10. Para un análisis crítico de estas razones, v. en especial Villa, *Truth and Acceptability in Legal and Empirical Science*, en *Reason in Law*, Milano, 1988, vol. II, pp. 361 ss.

11. En referencia al contexto representado por el proceso, v., más ampliamente, *supra*, capítulo I, 4.3. En referencia a la afirmación de que la concepción semántica de la verdad como correspondencia es la teoría más adecuada en el contexto del proceso, cf. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, p. 11; de forma análoga, Comanducci, *La motivazione in fatto*, *ivi*, p. 238.

Una de estas razones deriva del presupuesto, difícilmente discutible, de que la administración de la justicia tiene que ver con fenómenos del mundo real[12] (que se puede asumir como existente, con una opción ontológica no muy original) y no con imaginaciones, sueños o novelas[13]. La idea de que se debe ganar o perder una causa sobre la base de la demostración de la efectiva realidad de los hechos (además de la correcta interpretación de las normas) es un lugar común obvio, pero ésta no es una buena razón para considerarla infundada. Más bien, representa un elemento esencial del contexto procesal e introduce la exigencia de que se conjeture en el proceso la posibilidad de una correspondencia entre la determinación judicial de los hechos y los eventos del mundo real a los que la decisión se refiere.

No es fácil imaginar, por otra parte (siempre que nos mantengamos en los modelos de los ordenamientos modernos de tipo occidental), un contexto procesal que abandone toda calificación «de verdad» de la determinación de los hechos o se funde sobre la premisa de que ésta no puede ser más que el fruto exclusivo de irrepetibles e incognoscibles experiencias individuales del sujeto que tiene la función de pronunciar las decisiones[14]. Es más, resulta difícil sostener sensatamente

12. Cf. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 9, 17, 18 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 37, 44, 45 ss.]; Gianformaggio, *Legal Certainty, Coherence and Consensus: Variations on a Theme by MacCormick*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 415 ss.

13. La referencia a las novelas no es casual: se alude, en efecto, a la teoría de Dworkin, que afronta el problema de la verdad formulándolo a propósito de *David Copperfield* en lugar de hacerlo a propósito de la determinación judicial de los hechos (v. Id., *¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?*, tr. cast. en *El ámbito de lo jurídico*, ed. por J. J. Moreso y P. Casanovas, Barcelona, 1994, pp. 495 ss.).

Éste no es más que uno de los múltiples aspectos de la analogía que Dworkin establece entre la ciencia jurídica y la literatura, sobre la que puede verse, en general, Id., *Law's Empire*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 228 ss. [tr. cast., *El imperio de la justicia*, a cargo de C. Ferrari, Barcelona, 1988, pp. 166 ss.], y *How Law is Like Literature*, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., 1985, pp. 146 ss.; también Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London-New York, 1985, pp. 203 ss., 221 ss., y *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 149 ss. Dworkin, por otra parte, habla a menudo de «hechos», pero no se ocupa nunca de su conocimiento sobre la base de las pruebas en sede de decisión. Quizás es esto lo que le permite establecer la analogía entre la novela y la reconstrucción judicial de los hechos, atribuyendo a ésta lo que vale para aquélla sin darse cuenta de que esta analogía no tiene sentido.

14. En esta dirección, en cambio, se mueven los distintos irracionalismos, más o menos explícitos o conscientes, relativos al conocimiento judicial de los hechos, sobre los que puede verse, *supra*, capítulo I, 2.1. El concepto de verdad como correspondencia está, en cambio, vinculado intrínsecamente a la concepción garantista del proceso: cf. Ferrajoli, *op.* y *loc. ult. cit.*, e Id., *Guarantees and Truth in Criminal Law*, en *Reason in Law*, Milano, 1988, II, pp. 301 ss., y algunos comentarios en Villa, *op. cit.*, p. 361.

que en las narraciones y en los diálogos que se producen en el proceso, y que en cierto sentido lo constituyen, interesan las estructuras del discurso pero no es importante si las narraciones de los hechos, incluidas aquellas realizadas por el juez en la sentencia, tienen o no alguna correspondencia con la realidad[15]. Con toda probabilidad, existen contextos en los que están fundadas aproximaciones metodológicas de este tipo y puede reconocerse que, a veces, producen incluso resultados útiles para el conocimiento de algún aspecto del proceso[16]. El punto que no puede ser admitido, en cambio, es la pretensión de que estas aproximaciones son las únicas sensatas y que, en consecuencia, es insensato plantear el problema de la verdad de los hechos en el proceso y, con mayor razón, plantearlo en términos de la teoría de la correspondencia[17].

La idea fundamental de la *contextualidad* de la verdad, y por tanto de la irreducible relatividad de ésta al contexto (más propiamente: a los distintos contextos) en que se plantea, no puede ser más que compartida[18]. Pero esta idea relativiza los contextos más que las teorías de

15. En este sentido se pronuncian las tesis sostenidas por las concepciones radicales del narrativismo o de la semiótica aplicada al proceso; al respecto, v. más ampliamente, *supra*, capítulo I. 3, también para indicaciones bibliográficas.

16. Esto es así, por ejemplo, respecto del análisis de las tácticas procesales de los abogados y de las formas en que las técnicas de asunción y de presentación de las pruebas pueden incidir en el resultado del juicio. Es más, éstos son los campos privilegiados de aplicación de las concepciones narrativas o semióticas (v., en efecto, Bennett y Feldman, *Recostructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, 1981, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss., y Binder y Bergman, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minn., 1984, pp. 40 ss., 58 ss., 162 ss., 211 ss.) y *en los límites de estos sectores de investigación* esas concepciones producen resultados a veces interesantes. A menudo, sin embargo, las investigaciones dirigidas en clave narrativa no se ocupan específicamente de la valoración de las pruebas y del conocimiento de los hechos por parte de los jueces.

17. Otra aproximación que no puede ser admitida consiste simplemente en sostener que todo aquello que se expresa, en la literatura jurídica, en términos de «determinación», «hecho», «verdad», etcétera, no es otra cosa que *retórica* (cf., en este sentido, Eberle, *op. cit.*, pp. 68 ss., 111 ss., 121 ss. y *passim*). Es verdad que a menudo quien cree ser depositario de la verdad absoluta tiende a considerar como mera retórica las posiciones de los demás, pero se trata de una actitud que no lleva demasiado lejos. Lo demuestra el propio Eberle en el volumen recién citado, ya que emplea sofisticadísimos instrumentos metodológicos, de las teorías de Luhmann a la etnología, para descubrir con mucho esfuerzo muchas cosas que son obvias desde hace tiempo en la teoría jurídica de la prueba (v., por ejemplo, el análisis que se realiza de los concretos medios de prueba, *ivi*, pp. 129 ss.).

18. Cf., por ejemplo, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 141 s.; v. también Ubertis, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Villa, *op. cit.*, p. 365, que subraya los aspectos relativistas del concepto de verdad.

la verdad, y admite que se reconozcan contextos distintos con diversas peculiaridades y exigencias. El del proceso es un contexto distinto del propio del solipsismo existencial y del de la literatura, además de muchos otros, incluso si, al ser rico y complejo, puede empujar a algunos a confundirlo o a asimilarlo con contextos distintos y, quizás, más fácilmente analizables.

Tampoco la versión más rigurosa de este tipo de aproximación, que tiende a configurar la verdad como coherencia de una aserción dentro de un contexto narrativo, parece contar con una mayor fundamentación[19]. Como se verá más adelante, la coherencia de la reconstrucción de los hechos puede tener una importancia no despreciable en sede de decisión[20], pero esto no significa que se deba admitir la reducción integral de la verdad de los hechos a la coherencia narrativa de su descripción. En sus versiones más cuidadosas, la idea de la coherencia está, por otra parte, referida a otros aspectos —sobre todo a los que afectan a la interpretación de las normas— del razonamiento jurídico y judicial[21]; y *en ese terreno* tiene un significado relevante.

19. Vid., *supra*, capítulo I, 3. Para aplicaciones específicas del concepto de *narrative coherence* al proceso, v., en especial, MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, en *Theory of Legal Science, Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, ed. por L. Lindahl y B. van Roermund, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, pp. 235 ss.; Villa, *op. cit.*, pp. 365 ss.; Jackson, *Law, Fact*, cit., pp. 18 ss., 37 ss., 61 ss., 155 ss.; Lenoble, *Narrative Coherence and the Limits of the Hermeneutic Paradigm*, en *Interpretation and Reality*, cit., pp. 138 ss.; Bankowski, *The Jury and Reality*, *ivi*, pp. 227 ss.; Id., *The Value of Truth: Fact Skepticism Revisited*, en *Legal Studies* 1, 1981, pp. 257 ss.; Den Boer, *A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court Room*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 346 ss.

Obviamente, corresponde realizar un comentario distinto si nos referimos al concepto de verdad como *coherencia lógica* de una proposición dentro de un contexto sintáctico formalizado, elaborado por Carnap, Neurath y otros componentes del Círculo de Viena (sobre el que puede verse, por ejemplo, Schmidt, *op. cit.*, p. 205). Aquí, en efecto, no se trata de contextos narrativos, sino precisamente de contextos formalizados y con una estructura lógico-sintáctica determinada. Precisamente por ello, *esta* concepción de la verdad no es aplicable al contexto constituido por el proceso.

20. V., *infra*, capítulo IV, 5.

21. Cf. Maccormick, *op. cit.*; Aarnio, Alexy y Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*; en *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 133 ss., 245 ss. Villa, *op. cit.*, pp. 361 ss.; Id., *La coerenza narrativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, en *Riv. int. fil. dir.*, 1988, pp. 567 ss. Cf., como análisis críticos, Gianformaggio, *op. cit.*, pp. 402 ss.; Comanducci, *Osservazioni in margine*, en *L'analisi del ragionamento giuridico*, ed. por P. Comanducci y R. Guastini, vol. I, Torino, 1987, pp. 265 ss.; Nerhot, *Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherence*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 204. Debe observarse, además, que más en general el concepto de *coherence* se adapta en especial a *teorías*, y es en ese nivel donde adquiere un signi-

Lo que parece, en cambio, insostenible es la reducción de la verdad de los hechos a la coherencia contextual de la narración respectiva. Al respecto, es válida la objeción, verdaderamente destructiva, de que narraciones coherentes pueden ser falsas[22] o no tener pretensión alguna de verdad (como sucede con las novelas), de forma que no parece que la coherencia de la narración determine su veracidad[23]. Basta pensar en una declaración testifical coherente pero falsa o en una reconstrucción judicial de los hechos bien motivada bajo el aspecto argumentativo pero no fundamentada en las pruebas, para darse cuenta de que difícilmente se puede aceptar, en el contexto del proceso, la ecuación coherencia = verdad[24].

ficado analítico apreciable: cf., especialmente, Alexy y Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, en *Ratio Juris* 3, 1990, pp. 130 ss.

22. Respecto de esta objeción, v., en especial, Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 161. Cf. también Niiniluoto, *op. cit.*, p. 135 en referencia a las bases filosóficas generales de la doctrina de la coherencia.

23. No escapa a esta objeción ni siquiera la versión más clara y equilibrada de la teoría en cuestión, que es la de MacCormick (*Coherence*, cit., pp. 245 ss.).

Por un lado, ésta tiende a privilegiar la coherencia de las hipótesis sobre el hecho como instrumento de *búsqueda de la verdad*, en el sentido de formulaciones de hipótesis sobre los hechos en la fase investigativa (v. el ejemplo de Sherlock Holmes en la p. 245). Pero nada garantiza que lo que vale en sede de búsqueda de las hipótesis valga como fundamento de su verdad.

Por otro lado, MacCormick configura como coherencia narrativa la eventualidad de que de circunstancias conocidas se extraigan inferencias acerca del hecho que *se quiere conocer* (*ivi*, pp. 246 ss.). Es obvio que esto sucede, de la misma forma que es justo exigir que estas inferencias sean racionales y coherentes, pero no hay en ello nada distinto respecto del esquema inferencial que entra en juego especialmente cuando se trata de valorar pruebas indiciarias. Bajo este aspecto, la coherencia narrativa no es un criterio *distinto* de la verdad: aquélla viene, en efecto, a coincidir sustancialmente con las reglas de valoración de las pruebas convergentes o divergentes (al respecto de éstas, v., *infra*, capítulo IV, 3.2 y 3.3): en este sentido, v. Comanducci, *op. cit.*, p. 274, y en sentido crítico, Jackson, *Law, Fact*, cit., pp. 18 ss. Pero, si es así, entonces la coherencia no es siquiera un criterio autosuficiente, dado que deben estar probados *aliunde* los hechos que fundan las inferencias probatorias (v., precisamente, Comanducci, *ibid.*).

En fin, es poco convincente la demostración de la razón por la que la congruencia narrativa deba tener una fuerza justificativa autónoma de las decisiones acerca de los hechos (MacCormick, *ivi*, pp. 247 ss.), ya que remite de forma bastante oscura a correlaciones racionales con un mundo nouménico ordenado de modo perfectamente inteligible (*ivi*, p. 249). De esa forma, en efecto, la coherencia no es ya intrínseca a la narración, sino que se refiere *también* a la relación entre la narración y el mundo (o un mundo objeto de una presuposición trascendental: v. *ibid.*), mientras que esta relación es precisamente lo que las doctrinas narrativistas pretenden eliminar del concepto de verdad.

24. Ni siquiera parece, como sostiene Villa (*Truth and Acceptability*, cit., pp. 365 y 368), que la coherencia pueda configurarse como una condición *necesaria*, aunque no suficiente, de la verdad. Al menos en el contexto procesal esta afirmación no se sostiene: puede suceder, en efecto, que las pruebas confirmen hechos no coherentes que, sin embargo, son considerados «verdaderos» en la medida en que así resulta de las pruebas; del mismo modo, puede suceder que los mismos hechos «verdaderos» se puedan leer según historias coherentes distintas o no se puedan presentar bajo ninguna historia coherente; por el contrario, una historia coherente puede ser absolutamente falsa o no estar sostenida por ningún elemento probatorio. Como máximo, podrá decirse, siguiendo una importante indicación de Davidson (*A Coherence Theory*, cit., p. 308), que si una creencia es coherente con un conjunto significativo de creencias, entonces existe en su favor una presunción de verdad. Sin embargo, una cosa es conjeturar esa presunción y otra es decir que una aserción fáctica coherente con otras es por ello verdadera: el mismo Davidson (*ibid.*), por otra parte, excluye claramente que la coherencia garantice por sí sola la verdad de aquello en lo que se cree.

Tampoco la concepción *consensualista* de la verdad, que se ha hecho popular en los últimos años, en especial debido a Habermas[25] y a los modos imitativos que sus escritos han suscitado, está en realidad en conflicto con la posibilidad de que el proceso se remita a una verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad empírica. En efecto, no debería olvidarse que (aparte de alguna sospecha de circularidad no irrelevante) Habermas habla de consenso racional, es decir, del consenso que se produce (o debería producirse) sobre la base de criterios considerados racionales en un determinado contexto. De aquí se deriva una indicación importante en el sentido de la relativización de la idea de verdad y de su reconducción hacia la dinámica de la comunicación social; se deriva también, no obstante, que el consenso que constituye la verdad no es la mera adhesión «de hecho» de un auditorio cualquiera a alguna afirmación y tampoco una reacción subjetiva ante una comunicación[26]. Dado que el consenso está referido a criterios racionales, son estos criterios los que devienen determinantes para la identificación de un concepto apropiado de verdad[27]. No obstante, dado que Habermas no los identifica analíticamente, permanece la posibilidad de que aquéllos sean definidos *sobre la base del contexto*[28], de forma que el discurso vuelve a las consideracio-

25. Cf., en especial, Habermas, *Discorso e verità*, tr. it. en Id., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, 1980, pp. 319 ss. Sobre las teorías consensualistas v. también Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 182; Id., *Coherence, Truth and Rightness*, cit., p. 307; Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 136 ss.; Villa, *Truth and Acceptability*, cit., pp. 366 y 368; Schmidt, *op. cit.*, p. 206.

26. V. *op. cit.*, p. 320, acerca de la noción de *consenso fundado*.

27. V. *op. cit.*, pp. 322 ss., acerca del análisis de los esquemas argumentativos idóneos para fundar la verdad de una aserción.

28. V., en efecto, *op. cit.*, p. 326, acerca de la referencia a la «coherencia entre proposiciones dentro de un sistema lingüístico». Más allá de esto, y de la insistencia en hacer referencia al lenguaje y al sistema conceptual usado para formular una aserción y el correspondiente argumento justificativo (v., por ejemplo, p. 325), no se encuentran en Habermas indicaciones particularmente claras acerca de las condiciones que fundamen-

nes realizadas más arriba. Por otra parte, parece que se puede definir racionalmente el consenso que se manifiesta en muchos sistemas sobre criterios de conocimiento de los hechos que se funden sobre la máxima correspondencia posible entre lo que afirma el juez y lo que ha sucedido verdaderamente en el mundo real[29].

No parece, pues, que existan particulares razones de orden epistemológico general para excluir que la teoría de la verdad como correspondencia pueda ser considerada funcional en el proceso; en cambio, existen buenas razones para sostener que esa teoría está mejor situada que otras, y produce mejores resultados, en el contexto representado por el proceso.

Siendo así, el problema se desplaza y pasa a ser el de los límites y los criterios con los que se puede alcanzar en el proceso un conocimiento que se corresponda con la realidad empírica y que, por tanto, produzca descripciones de esa realidad que se puedan considerar verdaderas.

Al respecto, conviene dejar a un lado rápidamente un problema que es recurrente, explícita o implícitamente, en los discursos que se refieren a la determinación de los hechos en el proceso (y también en las discusiones epistemológicas de orden general). Se trata de la cuestión de si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos o si sobre éstos es posible un estado de certeza total, incontestable, fuera de toda duda.

Podría observarse, al respecto, que sean cuales sean las respuestas que se den en otros campos a una cuestión de ese tipo, desde la lógica hasta las ciencias empíricas, ésta resulta ociosa y no merece siquiera ser planteada en referencia al conocimiento procesal de los hechos. En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos[30], pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquéllas fueran imposibles, no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso. Como se podrá ver mejor con el avance del análisis, estas observaciones constituyen el punto de partida correcto para la discusión de las cuestiones referentes a la prueba y a la determinación de los hechos.

Sin embargo, hay algunas razones para realizar ulteriores observaciones sobre el problema de la verdad absoluta antes de dejarlo definitivamente de lado.

La primera razón es que aquélla aparece a menudo en el ámbito de los razonamientos escépticos acerca de la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos[31]. El razonamiento, muy similar al del verificacionista desengañado del que habla Popper[32], es aproximadamente el siguiente: *a*) sería necesario conocer la verdad absoluta de los hechos; *b*) sin embargo, por muchas razones, aquélla es imposible de conocer; *c*) por tanto, el proceso no está en condiciones de proporcionar el conocimiento de ninguna verdad; *d*) y, en consecuencia, la determinación de la verdad no puede situarse entre sus finalidades institucionales. La premisa *a*) está a menudo implícita y por ello es difícil decir si es siempre asumida de forma clara y consciente; sin embargo, está evidentemente presente en la base de los razonamientos que se articulan según los puntos *b*), *c*) y *d*). La cuestión de la verdad absoluta es, por tanto, relevante en el razonamiento escéptico porque está en la base del mismo; además, ella muestra que el escéptico cultiva una noción de la verdad mucho más estricta que las que adoptan usualmente

tan la racionalidad del consenso. Decir que éste se puede justificar si se encuentra frente «al mejor argumento» (*ivi*, p. 321) o que el fundamento de una aserción se obtiene por inducción y universalización (*ivi*, p. 326), todo ello en el ámbito de un lenguaje o de un sistema conceptual determinado, tiene la fuerza indiscutible de las aserciones obvias, pero no ayuda a establecer cuáles son las condiciones precisas en las que un argumento es «mejor» que otro o en base a las cuales una aserción es racional o irracional.

29. Esta afirmación parece paradójicamente compatible con la orientación de Habermas, aunque presupone un concepto de verdad distinto: en efecto, si verdad significa *warranted assertibility* (v. Habermas, *op. cit.*, p. 320), y si es el contexto lingüístico-conceptual el que determina las condiciones de racionalidad del consenso (v. la nota precedente), es necesario reconocer que pueden existir contextos en los que una aserción es warranted, y es racional el consenso sobre la misma si y sólo si aquélla se «corresponde» a los eventos del mundo real. Es evidente que en este punto el argumento se torna circular, pero quizás la circularidad está en la tesis de Habermas; al menos, la generalidad de los términos en los que ésta se expresa parece autorizar *también* la interpretación mencionada.

30. V., *supra*, capítulo I, 4.3.

31. Para un interesante análisis de las distintas formas de escepticismo epistemológico, cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 28 ss. Para un cuadro claro e irónico de los distintos «escepticismos procesales», v. Twining, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, pp. 92 ss.

32. Cf. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 279, 302 s.; Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 36 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 62 ss.]; Id., *La formazione e l'uso del concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, p. 422. Es también análoga la figura del «absolutista desilusionado» de la que habla Hart, *El concepto de derecho*, tr. cast. a cargo de G. Carrió, Buenos Aires, 1992, p. 173; al respecto, v. Twining, *op. cit.*, pp. 96 s., y *supra*, capítulo I, 1.

los no escépticos (para después decir, y con la finalidad de poder hacerlo, que aquélla «no es de este mundo»).

Al respecto, la observación que debe hacerse es que *a*) es infundada[33], de forma que *b*) resulta verdadera pero obvia y poco relevante, mientras que *c*) y *d*) resultan a su vez infundadas.

a) es infundada por la buena razón de que salvo en algunas áreas de la lógica y de la metafísica, el problema de si son posibles verdades absolutas, y si en consecuencia es posible un conocimiento cierto e indiscutible, se resuelve normalmente en sentido negativo. Podría incluso decirse que el problema ha dejado de plantearse seriamente después de que las corrientes más diversas de la epistemología contemporánea hayan mostrado la relatividad esencial del conocimiento en los campos más dispares. *A fortiori*, ese problema no puede ser seriamente planteado en un contexto, por muchas razones limitado y «relativizado», como el del proceso y, en todo caso, no podría tener más que una respuesta negativa[34]. Bajo este punto de vista, algunas, pero no todas, las posiciones escépticas resultan fundadas[35].

La exclusión de la verdad absoluta del conjunto de los objetivos cognoscitivos concretamente posibles parecería significar la victoria total del escéptico sobre el racionalista, pero es fácil observar que no es así. Por un lado, si una cosa no es posible, no tiene sentido decir que debería ser realizada —en consecuencia, la premisa *a*) no es válida y está dirigida a crear un falso adversario—. Por otro lado, el reconocimiento generalizado de la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica en absoluto el fin de la ciencia, ni el de la epistemología ni el de la costumbre de pensar que, de alguna forma, las cosas y los hechos del mundo material pueden ser racionalmente conocidos[36]. Muy simplemente, se admite la existencia y la racionalidad de conocimientos relativos, de verdades no absolutas; se acaba reconociendo que es-

33. Vale al respecto la mención de Twining, *op. cit.*, p. 98, según la cual el no-escéptico no tiene ninguna necesidad de difíciles opciones ontológicas sobre el mundo y sobre la verdad; en el fondo, bajo un punto de vista pragmático, es suficiente comportarse *como si* éstos existieran (incluso cultivando personalmente eventuales escepticismos metafísicos).

34. Para referencias a la «relativización» del concepto de verdad en distintos sectores, como la historiografía, la sociología y la ciencia, v. Twining, *op. cit.*, pp. 103 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 142 ss.; Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 156 ss., 172 ss., 198 ss.; Villa, *Truth and Acceptability*, cit., p. 365. Acerca de la relativización del concepto de verdad procesal, v., *supra*, capítulo I, 4.3.

35. Cf. Twining, *op. cit.*, p. 102, y el párrafo de Rescher *ivi* citado.

36. Las hipótesis posibles acerca de la irrazonabilidad de la realidad no impiden sostener que sólo con métodos racionales puede hacerse comprensible. En este sentido, cf., con referencia a Weber, Twining, *op. cit.*, p. 127.

tos conocimientos o verdades son precisamente aquellos por los que se preocupa la ciencia, más allá de la experiencia de cualquier otro sector en el que se deba «establecer» o «conocer» algo[37]. El verdadero problema es, pues, definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas.

Con esto se desvanece el punto *e*) del razonamiento escéptico: la imposibilidad de la verdad absoluta no demuestra de ninguna forma la imposibilidad de *toda* determinación verdadera de los hechos en el proceso. Esto conlleva que se pueda hablar de «verdad de los hechos» o de «certeza» exclusivamente en términos relativos. Sin embargo, resulta claro que es posible la determinación verdadera de los hechos, siempre que se dé al término «verdadera» un significado aceptable bajo el punto de vista epistemológico. Por tanto, se desvanece también el punto *d*): si es posible una determinación verdadera de los hechos, aunque sea en una acepción necesariamente relativa del término, queda por demostrar que ésta no forme parte de los objetivos institucionales del proceso, es decir, que el proceso no deba tender a la consecución de esta determinación[38]. Naturalmente, puede argumentarse en ese sentido, pero las observaciones recién realizadas muestran que sólo se puede hacer en términos de ideologías del proceso y de sus fines, no en términos de teorías de la verdad[39].

Más allá del ámbito del razonamiento escéptico y de sus correspondientes objeciones, hay otro aspecto bajo cuyo prisma el problema de la verdad absoluta conserva una cierta relevancia, especialmente si se adopta una teoría de la verdad como correspondencia.

En el ámbito de cualquier versión relativista de la verdad, para la que dado un sistema de referencia existen *grados* o medidas de conocimiento, parece inevitable que estos grados se sitúen a lo largo de una escala o una dimensión en la que puedan ser ordenados, distinguidos y comparados.

En un extremo está el desconocimiento y el extremo opuesto puede ser representado por la verdad absoluta; lo que permanece inalterable es que esta última es sólo un punto de referencia teórico, un valor tendencial que no puede ser concretamente realizado, pero que, sin

37. Resulta así evidentemente infundada la posición del «relativismo suicida» del que habla Twining, *op. cit.*, p. 116.

38. Puede verse una muy clara resistencia de la orientación racionalista actualizada y relativista contra los ataques de los distintos escepticismos en Twining, *op. cit.*, pp. 128, 130. Para consideraciones análogas en el plano epistemológico, cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 37 ss.

39. Sobre las ideologías del proceso y de sus fines, v., *supra*, capítulo I, 2.2 y 4.2.

embargo, sirve para determinar y para orientar los valores «relativos» concretos. Un grado de conocimiento es un «grado» (y es conocimiento relativo) en la medida que se sitúa en algún punto intermedio entre el desconocimiento y el conocimiento de la verdad absoluta de algo: se determina en positivo en función de la distancia respecto del extremo del desconocimiento y en negativo en función de la distancia respecto del extremo de la verdad absoluta[40].

En un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta puede funcionar, precisamente, como absoluto, es decir, como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse (teóricamente hasta el infinito, según una función asintótica) aunque no alcanzan nunca a identificarse con él. En otros términos: la verdad como correspondencia absoluta de una descripción con el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción[41]. Pueden haber, sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta, partiendo de un grado 0 (ninguna correspondencia, lo que equivale a decir que no existen elementos que hagan creíble la aserción o que ésta no es significativa, según el contexto) y aumentando la aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad[42]. La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como el otro extremo de la no-correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho[43].

40. Sobre esta presentación del problema, v., por ejemplo, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 156 ss., 172 ss., 179 ss.

41. Se trata, en otras palabras, de un «ideal límite» al que, aunque resulte inalcanzable, es posible aproximarse, según la eficaz indicación de Ferrajoli (v. *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 412, y *Diritto e ragione*, cit., p. 23 [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., p. 50]; en el mismo sentido, Comanducci, *La motivazione in fatto*, cit., p. 238). La concepción de la verdad objetiva o absoluta como «modelo», como «idea regulativa» o «límite ideal» está muy difundida, en especial, en el ámbito de las teorías de la verdad como correspondencia: cf., por ejemplo, Tarski, *op. cit.*, pp. 275 ss.; Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 280, 286; Id., *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 64 s. y 286 s.; Niiniluoto, en las páginas citadas en la nota precedente.

42. La concepción de la verdad relativa como grado de aproximación es complementaria a la de la verdad absoluta como límite: v., por tanto, las referencias aportadas en la nota precedente y, además, Ferrajoli, *Guarantee and Truth*, cit., pp. 306 ss.; Krajewski, *op. cit.*, pp. 101 ss.

43. Al respecto, v., más ampliamente, *infra*, capítulo IV, 4 y 5.

Este tipo de discurso adquiere un valor especial si está referido a la determinación de los hechos en el proceso. En efecto, por un lado, aquél aporta una confirmación de la idea de que hay distintos grados de correspondencia del juicio de hecho con la realidad empírica de los hechos relevantes, así como de que en esta dirección debe buscarse la definición del objeto y de las modalidades de la determinación de los hechos. Por otro lado, ese discurso introduce un valor teórico de referencia al que deberían tender las aproximaciones que concretamente se realizan en el proceso. Este punto de referencia es la correspondencia absoluta de la determinación de los hechos (es decir, de las proposiciones descriptivas en las que aquélla se expresa) con la realidad empírica de esos hechos, entendidos como eventos del mundo real. El aspecto importante es que de esta forma se asume la realidad concreta como referencia de la determinación judicial de los hechos y como criterio para valorar su corrección y fundamento. Esto es mucho menos banal de cuanto pueda parecer, ya que precisamente implica que la corrección de la determinación se valore en función de su aproximación al valor teórico de su correspondencia absoluta con la realidad (quedando, sin embargo, el problema de establecer en concreto cuándo la determinación es correcta) y *no* en función de otros criterios. Es decir, se asume una medida de valoración de la determinación del hecho (la realidad empírica) que es, en cierta forma, *externa* y está destinada a prevalecer sobre —si no a excluir completamente— los criterios *internos* al proceso, como podrían ser, por ejemplo, la adopción de un modelo procesal indiferente a la verdad de los hechos, el empleo de criterios formales de prueba, la prevalencia de la disponibilidad de las partes o —en el otro extremo— del arbitrio del juez sobre las pruebas, etc.[44]. En resumen, la asunción de la verdad absoluta, como correspondencia total de la determinación de los hechos con la realidad, en la función de valor límite, permite que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad, sin caer en los frecuentes círculos viciosos en los que se acaba por llamar «verdadero» a cualquier resultado que se obtenga del modelo procesal que se considera, por otras razones, preferible; o bien —en el otro extremo— se llama no-verdadero a todo aquello que es el resultado de sistemas procesales que, siempre por otras razones, son rechazados.

44. Acerca de la relación entre verdad de los hechos y modelos procesales, v., *supra*, capítulo I, 2.2 y 4.2. Sobre los criterios formales de prueba, v., *infra*, capítulo V, 2.3. Sobre la contradicción entre verdad y arbitrio del juez, v., en especial, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 13 ss y 43 s. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 40 ss. y 68 ss.].

Adoptando, en cambio, el límite «externo» que se ha sostenido, resulta posible establecer cuándo un sistema procesal, que se considera bueno por otras razones, no es funcional a los efectos de obtener determinaciones de hecho que parecen aceptables, así como establecer cuándo es eficiente para la determinación de los hechos un sistema procesal que, por otras razones, es criticado[45].

Sigue siendo cierto, como ya se ha dicho anteriormente, que el problema de la posibilidad de conocer la verdad absoluta no es de por sí relevante para el proceso. Sí lo es, en cambio, la hipótesis teórica de la verdad absoluta como absoluta correspondencia entre el determinación judicial y los hechos del mundo real, ya que ésta sirve para fundamentar conceptualmente una perspectiva en la que el problema de la determinación de los hechos se plantea racionalmente en términos de modalidades y técnicas para obtener la mejor verdad relativa, es decir, la mayor aproximación de la determinación de los hechos a la realidad. Esa hipótesis puede permanecer implícita cuando se analiza el problema de la prueba y del juicio de hecho en el proceso: no obstante, es útil saber que existe y que nos movemos en un contexto que la comprende. De hecho, se puede apelar a esa hipótesis, para usarla como criterio discriminatorio, siempre que se pretendan formular valoraciones y distinciones respecto a la relación entre modelos procesales, sistemas probatorios y tipos de determinación de los hechos en el ámbito de la decisión judicial.

En fin, la referencia a una noción no ambigua de «verdad absoluta» como correspondencia de una descripción con los hechos del mundo real es útil para realizar alguna aclaración terminológica.

Ante todo, resulta posible hablar *tout court* de «verdad» en el sentido de «verdad relativa» (excepto indicación en contrario) sin ulteriores confusiones. Éste, por otra parte, es el único significado sensato que el término «verdad» parece poder asumir en el proceso (y en un buen número de otros campos de experiencia[46]).

Por otra parte, la dicotomía «verdad relativa-verdad absoluta», definida como se ha hecho en términos de la teoría de la correspondencia, permite evitar confusiones con otras cosas que también suceden en el proceso y a las que a veces se les atribuye la etiqueta de «verdad». Me refiero fundamentalmente al fenómeno de las pruebas legales

45. En este sentido, aunque haciendo referencia de forma más general a la concepción racionalista de la verdad, cf. Twining, *op. cit.*, pp. 116, 131.

46. También en el ámbito de la teoría lógica existen, en efecto, concepciones relativistas de la verdad, como aquella que define la verdad de una proposición en términos de la posibilidad de ofrecer una prueba de la misma: cf. Löf, *Truth of a Proposition, Evidence of a Judgement, Validity of a Proof*, en *Synthese* 73, 1987, p. 413.

(y más en general a la regulación normativa de la eficacia de las pruebas). A menudo los juristas usan a este respecto el vocabulario de la verdad y hablan de «verdad formal», «verdad jurídica», etc.[47]. Este uso lingüístico es bastante impropio, pero no debería provocar especiales inconvenientes siempre que se sepa claramente que el problema de la regulación legal de la eficacia de las pruebas no tiene nada que ver con el problema de la verdad en la determinación de los hechos. Es más, la regulación legal de la eficacia de las pruebas está en la antítesis de la determinación de los hechos en términos de verdad, ya que procura típicamente que el juez juzgue los hechos sobre la base de parámetros distintos de aquellos que afectan a la aproximación a la realidad. La «verdad legal», por decirlo así, es «legal» pero no es «verdad»: no es verdad relativa y tampoco —aun menos— absoluta; su eventual incontestabilidad se debe a razones jurídicas y no epistemológicas[48].

2. *La verosimilitud*.–Un concepto que es a menudo vinculado al de la verdad, para determinar sus eventuales analogías y las posibles distinciones, es el concepto de verosimilitud. Esta vinculación es a menudo analizada en sede epistemológica[49], pero reviste también una notable importancia en el ámbito de la teoría del proceso, en especial a partir de un famoso ensayo de Calamandrei[50]. El aspecto epistemológico general del problema no puede ser discutido en este lugar, aunque algunos de sus elementos deberán ser tenidos en consideración; en cambio, vale la pena examinar la noción jurídica de verosimilitud para esclarecer si puede tener un significado y, en su caso, cuál sería éste, en el ámbito de una teoría de la determinación judicial de los hechos.

Al respecto, la primera y principal constatación que debe realizarse es que en la doctrina italiana el análisis del concepto de verosimilitud se funda sobre un equívoco, introducido por Calamandrei y que no ha sido eliminado ni siquiera por la doctrina más reciente. El equívoco es

47. Cf., por ejemplo, Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 17 [tr. cast., p. 44]; Chiarloni, *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, p. 509.

48. V., más ampliamente, sobre el fenómeno de la prueba legal, *infra*, capítulo V, 2.3.

49. Para un amplio examen del problema con abundantes referencias bibliográficas, cf. Niiniluoto, *op. cit.*

50. Cf. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli, 1972, pp. 615 ss. Entre lo más reciente, el pensamiento de Calamandrei ha sido fielmente seguido por Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, pp. 502 ss. Sobre las relaciones entre verosimilitud y probabilidad, pero sin claras distinciones, v. también algunos comentarios en Patti, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, en *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 705 ss., 717 s.

terminológico y, *por tanto*, conceptual. El aspecto terminológico consiste en partir del vocablo alemán *Wahrscheinlichkeit* y traducirlo por «verosimilitud»[51], sin tener en cuenta el hecho de que así se toma en consideración únicamente un área, y ni siquiera la más importante, del significado del término, olvidando otra —claramente la más importante— en la que aquél significa, en cambio, «probabilidad». Más allá del hecho de que de esta forma el recurso a la doctrina alemana resulta escasamente significativo, ya que es un error entender en términos de verosimilitud lo que se afirma acerca de la probabilidad[52], el equívoco lingüístico lleva a veces a resultados curiosos y casi incomprensibles: algún autor, por ejemplo, llega a hablar de una «verosimilitud subjetiva» distinta de una «verosimilitud objetiva»[53] sin darse cuenta de que de este modo repite la distinción de la teoría alemana, obvia y fundamental en la teoría general de la probabilidad, entre *probabilidad* objetiva y *probabilidad* subjetiva[54].

La confusión que se produce es, por otra parte, mucho más grave en el plano conceptual, ya que consiste, como es evidente en el ensayo de Calamandrei, en la introducción de una ambigüedad sistemática no resuelta en torno al término «verosimilitud». En efecto, se reconducen al mismo dos significados distintos: *a*) según el primero, verosimilitud se refiere a algo que tiene «la apariencia de ser verdadero», afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio[55]; *b*) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como «sustituto de la verdad»[56].

51. Cf. Calamandrei, *op. cit.*, pp. 615 y 638; en el mismo sentido, Scarselli, *op. cit.*, pp. 504 ss., y Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, en *Le prove nel diritto civile*, amministrativo e tributario, ed. por C. Glendi, S. Patti y E. Picozza, Torino, 1986, pp. 53 ss.

52. V. referencias bibliográficas al concepto de probabilidad empleado por la doctrina alemana en el ámbito de la teoría de las pruebas, *infra*, apartado 3.2.

53. Cf. Scarselli, *op. cit.*, p. 515.

54. La distinción es bien conocida, y aparece en casi todas las obras que tratan de la teoría de la probabilidad: v., por ejemplo, Cohen, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, 1989, pp. 59 ss.: Goldman, *op. cit.*, pp. 324 ss.; Pizzi, *Teorie della probabilità e teorie della causa*, Bologna, 1983, pp. 31 ss.

55. En ese sentido, precisamente, Calamandrei, *op. cit.*, pp. 621 s.; de forma análoga, Ubertis, *op. cit.*, p. 19.

56. En ese sentido, Calamandrei, *op. cit.*, pp. 616 ss., 629, 632. Al respecto, puede destacarse un ulterior elemento de ambigüedad en el seno de la idea de verosimilitud como probabilidad; unas veces se habla de verosimilitud como un grado bajo de probabilidad y otras como probabilidad de un grado elevado, de forma que equivale, precisamente, a la «verdad judicial».

Es posible que los dos significados identificados estén dentro del uso corriente del término «verosimilitud», pero no es ése el problema principal en este punto. El problema es que esos significados son *distintos* y por tanto no pueden ser usados conjunta y alternativamente, como si no hubiese diferencia entre ellos, en un contexto que tenga pretensiones de ser científicamente aceptable. No se trata, como parece creer Calamandrei[57], de meros matices psicológicos sustancialmente prescindibles; se trata de *conceptos distintos* que no dejan de serlo por el hecho de que alguna lengua, como la alemana, los designe adoptando el mismo término.

Que se trata de conceptos distintos y que la verosimilitud de una aserción no puede ser reconducida a su probabilidad (o a su verdad aproximada) parece, en efecto, bastante claro en el plano epistemológico y no hay razón para no emplear igual claridad cuando el mismo problema se plantea en el ámbito del análisis de algún fenómeno procesal[58].

Por una parte, se tiende a definir la verosimilitud de una aserción como su capacidad para representar una cierta realidad, como la aproximación de la representación al objeto representado o como la «cercanía» de la aserción a la realidad de la que se ocupa[59]. Por ejemplo, es verosímil una aserción según la cual la medida de una cosa es L1, cuando en realidad la medida es L2, si la distancia (el descarte) entre L1 y L2 es poco relevante[60]. De forma análoga se puede decir que un cuadro es «verosímil» si se sostiene que representa bastante fielmente un determinado objeto; se puede decir que la descripción de un hecho es verosímil si es correcto suponer que existe un hecho similar al descrito. Por tanto, sustancialmente la verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad. Esto presenta evidentemente el problema de la circularidad intrínseca del concepto de verosimilitud, ya que sería necesario conocer la realidad representada para establecer la verosimilitud de la representación, pero si se conoce la realidad deja de ser interesante discutir si la representación es verosímil. Sin entrar aquí en este problema, muy complejo desde el punto de vista epistemológico[61], se puede de todos modos obser-

57. Cf. *op. cit.*, p. 621.

58. En el fondo, el propio Calamandrei llega a intuirlo, ya que a veces contrapone el juicio de verosimilitud de la alegación a la valoración de su aceptabilidad o probabilidad (v., en efecto, *op. cit.*, pp. 628, 632, 633).

59. Cf., en especial, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 1 ss., 164 ss., 176 ss., 198 ss., con refinadas elaboraciones formales del concepto en cuestión.

60. Cf. Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 172 ss.

61. V., ampliamente, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 263 ss., en especial sobre el problema del significado de la verosimilitud en el caso en que la realidad sea desconocida.

var que el juicio de verosimilitud se puede formular sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por el otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del «orden normal de las cosas»)[62] sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. Desde este punto de vista, la referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula acerca de ésta y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil[63].

Todo esto, por otra parte, no tiene nada que ver con la veracidad de la aserción ni con su probabilidad, dado que estas calificaciones no se refieren a la relación de «proximidad» o de «representatividad» de una aserción respecto a la realidad, sino a la existencia de razones para sostener que la aserción es verdadera[64].

Puede suceder, en efecto, que una aserción verosímil no sea en absoluto probable o no sea verdadera del todo: por ello, es necesario distinguir entre *grados de similitud* a lo verdadero y *grados de certeza*[65]. Un cuadro puede ser parecido a la realidad sin que ello implique nada acerca de la existencia real de aquello que representa: esto es, puede ser «realista» sin ser «verídico». Del mismo modo, una aserción (como por ejemplo «En los Alpes existe una montaña de 5.000 metros de altitud») puede ser verosímil (para quien conozca los Alpes y la altitud aproximada del Mont Blanc) pero falsa o, en todo caso, nada probable. El hecho es que las calificaciones de verdad y probabilidad, y sobre todo esta última, que nos interesa aquí especialmente, se refieren a la existencia de elementos que justifiquen la creencia en la veridicidad de la aserción y no a la «similitud a la verdad» de ésta. Si estamos ante una aserción verosímil pero que carece completamente de elementos que justifiquen un juicio racional acerca de su aceptabilidad, la consecuencia es que su probabilidad es = 0; si, en cambio, existen elemen-

62. Sobre este punto, está fundamentada la intuición de Calamandrei, *op. cit.*, pp. 620, 623.

63. Éste es también el límite de las teorías lógicas de la verosimilitud, en las que la verdad es presupuesta pero no definida: v., por ejemplo, Niiniluoto, *op. cit.*, pp. 290 ss.

64. Cf. Niiniluoto, *op. cit.*, p. 162.

65. Cf., en especial, Popper, *Conjeturas y refutaciones*, cit., pp. 285, 288 s., y en el mismo sentido Cohen, *op. cit.*, p. 183; Id., *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 165; Niiniluoto, *op. cit.*, p. 163. Esta distinción a veces se les escapa incluso a autores que usan aproximaciones muy sofisticadas al problema de la verdad y que, sin embargo, emplean una concepción genérica de verosimilitud (v., por ejemplo, Landowski, *Verité et véridiction en droit*, en *Droit et société*, 1988, pp. 51, 54). A menudo esto depende de la falta de un análisis adecuado del concepto de verosimilitud, que es usado simplemente para indicar todo aquello que no entra en el concepto de verdad.

tos de prueba en su contra, la aserción sigue siendo verosímil pero es falsa (o probablemente falsa).

En cambio, puede suceder que una aserción inverosímil sea verdadera, o al menos probablemente verdadera; esto sucede cuando se adquieren elementos de juicio suficientes para considerar (en un grado más o menos elevado) aceptable aquella afirmación. Este punto ha sido también asumido en la teoría jurídica de la prueba y constituye la razón por la que se excluye que la inverosimilitud del hecho justifique la exclusión preventiva de las pruebas que le afectan: el hecho inverosímil puede resultar verdadero si las pruebas confirman su existencia[66].

Hay, pues, razones válidas para excluir en línea general que verosimilitud sea sinónimo de probabilidad, lo que implica, también, que verosimilitud no puede ser sinónimo de «baja probabilidad» ni de «alta probabilidad», ni mucho menos de ambas cosas simultáneamente[67]. Pero la verosimilitud no es tampoco el «sustituto procesal» de la verdad como menciona Calamandrei, ya que incluso este «sustituto» está referido a aserciones dotadas, de hecho, de un cierto grado de aceptabilidad, mientras que la verosimilitud prescinde, como ya se ha visto, de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones fácticas. En consecuencia, mucho menos se puede pensar razonablemente en una verosimilitud objetiva distinta de una verosimilitud subjetiva.

El equívoco que se ha mencionado se resuelve, pues, con una operación de clarificación conceptual y de redefinición de los términos del problema.

Por un lado, todo lo que respecta a la verdad o a la probabilidad de una proposición fáctica, es decir, a su grado de fundamentación, de credibilidad y de aceptabilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado, nada tiene que ver con el concep-

66. Al respecto, cf. Calamandrei, *op. cit.*, p. 626; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 79 ss.; acerca de la distinción entre verosimilitud y relevancia, v., entre lo más reciente, Ubertis, *op. cit.*, pp. 20 ss. Obsérvese que existe una diferencia entre la hipótesis del hecho absolutamente *imposible* (en la que es razonable excluir preventivamente la prueba) y la hipótesis del hecho no verosímil. Se está ante la primera cuando la existencia del hecho queda excluida precisamente por leyes naturales o científicas y es, por tanto, indemostrable; se está ante la segunda cuando no se tiene demostración de la existencia o inexistencia del hecho y la hipótesis de que éste sea verificado es simplemente insólita —está en contraste con el *id quod plerumque accidit*— pero demostrable.

67. En sentido contrario, cf. Scarselli, *op. cit.*, pp. 507 ss., 518, quien define la verosimilitud como juicio acerca de la mayor probabilidad de un hecho respecto a otros. En la base de esta definición se sitúa la recepción del equívoco señalado anteriornente en el texto y el mantenimiento sistemático de la confusión conceptual entre probabilidad y verosimilitud. Esta definición es, pues, radicalmente errónea.

to de verosimilitud. Sólo en términos de las teorías de la verdad[68] o de las teorías de la probabilidad[69] se pueden afrontar correctamente los respectivos problemas, ya que sólo estas teorías pueden ofrecer las bases epistemológicas y los modelos racionales necesarios para analizar los fenómenos de la prueba y de la determinación del hecho. En este contexto, el recurso a la idea de verosimilitud es inútil y dañino: es inútil, ya que no es necesario llamar verosimilitud a aquello que se define adecuadamente en términos de verdad/probabilidad; es dañino, ya que el uso incorrecto del concepto de verosimilitud genera confusiones no despreciables.

Por otro lado, «verosimilitud» sirve para designar aquel aspecto de la aserción sobre un hecho en función del cual se puede decir que ésta se corresponde con una hipótesis plausible según el orden «normal» de las cosas, en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa. En parte, este significado ha sido asumido por Calamandrei al subrayar que la verosimilitud afecta a la alegación del hecho en sí misma considerada y sin ninguna referencia a las pruebas[70].

La verosimilitud, pues, no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción sobre el hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los elementos de prueba y —en el proceso— es relevante en momentos anteriores a la adquisición de las pruebas.

El hecho de que la verosimilitud sea un concepto radicalmente distinto de los de verdad y probabilidad explica fácilmente el problema que preocupaba a Calamandrei, esto es, el hecho de que haya normas que hagan mención al concepto de verosimilitud postulando su autonomía y diversidad respecto a los otros dos conceptos. En realidad, este problema es preocupante sólo si se parte de la confusión que se ha mencionado anteriormente, mientras que si se parte de una idea aceptable de la verosimilitud no se presentan dificultades para explicar normas, como el artículo 2723 y el artículo 2724 n. 1 cod. civ. it. o el artículo 294.2 cod. proc. civ. it., que hacen depender la admisión de los medios de prueba de una valoración preventiva de la verosimilitud del hecho alegado. No hay nada extraño, en realidad, en el hecho de que el legislador procure limitar en alguna medida la admisión de las pruebas en esas hipótesis (obsérvese que se trata en todos los casos de

68. Cf. el apartado anterior.
69. V., *infra*, apartados 3 y 4.
70. V., *supra*, nota 65.

derogaciones de reglas de inadmisibilidad de las pruebas) adoptando al respecto el criterio de la verosimilitud del hecho[71].

Se suscitan realmente cuestiones complejas cuando se adopta una noción de verosimilitud imprecisa e incorrecta y se extiende indebidamente su campo de aplicación a hipótesis que nada tienen que ver con aquélla. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando Calamandrei adopta una idea de verosimilitud como un bajo e incierto grado de probabilidad del hecho y reconduce a una supuesta noción general y unitaria del juicio de verosimilitud hipótesis como la valoración discrecional prevista por el artículo 2721 cod. civ. it., la notoriedad del hecho, la cognición sumaria del mismo, la sumaria información que se adquiere en algunos procedimientos de la jurisdicción voluntaria o la *semiplena probatio*[72]; lo mismo sucede cuando se reconduce a un juicio de verosimilitud (como baja probabilidad del hecho) la valoración sumaria del fundamento de la excepción a los efectos de la condena condicional[73].

Al respecto, es posible efectuar, al menos, dos observaciones críticas. La primera es que se trata de situaciones muy distintas entre sí: es difícil, en efecto, reconocer analogías entre la notoriedad del hecho y las sumarias informaciones o entre el artículo 2721 cod. civ. it. y el supuesto de hecho de condena condicional. Parece, pues, *a priori* destinado al fracaso el intento de reunir en una misma categoría unitaria hipótesis que son, desde muchos puntos de vista, tan distintas. Lo que más o menos se produce comúnmente en todas esas hipótesis es que el juez realiza valoraciones discrecionales. Ahora bien, éste no es en absoluto un buen criterio para unificarlas, ya que los tipos de valoración discrecional del juez son numerosos y distintos por objeto y criterio, de modo que de nada sirve tomar algunos de ellos para construir sobre

71. Sobre estas hipótesis, cf. Calamandrei, *op. cit.*, pp. 628, 632. Este autor acoge la *función* del juicio de verosimilitud, pero cae en el equívoco ya señalado cuando dice (*ivi*, p. 632) que ese juicio sirve para admitir las pruebas que presenten *prima facie* «una cierta probabilidad de resultado positivo». Es fácil observar que el criterio de selección no es éste, sino una cierta plausibilidad del hecho alegado según las nociones del sentido común: la verosimilitud hace referencia al hecho en cuanto objeto de alegación o, más propiamente, a la mera alegación del hecho; no tiene nada que ver con la prueba o con su resultado previsto *ex ante*. Al respecto, v. más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 3.5.

72. Cf. *op. cit.*, pp. 627, 635. Una confusión dañina análoga puede encontrarse en Scarselli, *op. cit.*, p. 503, donde se consideran equivalentes fenómenos que son, en realidad, distintos, como la prueba *prima facie*, el *fumus boni iuris* y la *semiplena probatio*. Todos estos fenómenos son reconducidos después a una idea equívoca e inaceptable de «verosimilitud».

73. Cf. Scarselli, *op. cit.*, pp. 471 ss.

los mismos una categoría conceptual ficticiamente unitaria; al contrario, una operación de este tipo esconde la especificidad de las distintas valoraciones.

La segunda observación es que, de nuevo, todo esto no tiene nada que ver con el juicio de verosimilitud. Por un lado, no hay razón para reconducir a la verosimilitud otras cosas que la ley denomina de formas distintas porque son, en efecto, distintas. No hay razón alguna para suponer en este terreno un grado particularmente elevado de incoherencia en el lenguaje del legislador, de modo que es lícito suponer que se trata de verosimilitud sólo donde la ley la menciona explícitamente, mientras que se está ante otros fenómenos cuando la ley usa formulaciones distintas. Por otro lado, es también incorrecto el procedimiento definitorio consistente en decir que en la categoría «juicio de verosimilitud» caben los juicios de verosimilitud *y además* también una serie dispar de valoraciones de la naturaleza más variada, escogidas más o menos aleatoriamente entre la serie amplísima de valoraciones discrecionales que el juez está llamado a formular. Si después de este procedimiento se quiere obtener una noción de verosimilitud tan vaga y ambigua como para contener las cosas más diversas, esto implica únicamente añadir un elemento de circularidad lógica a un razonamiento que ya es, por otras razones, discutible.

En resumen, es impropio hablar de verosimilitud en todas las ocasiones que la ley usa calificaciones distintas para indicar valoraciones que afectan a cosas muy distintas, desde la naturaleza del contrato a las sumarias informaciones o a la aparente fundamentación de la demanda o de la excepción, pero que no se refieren a la verosimilitud del hecho alegado. En todos estos casos las dificultades definitorias o reconstructivas son la obvia consecuencia del uso indebido de un concepto como el de verosimilitud, que tiene un significado preciso y también un campo de aplicación bastante restringido en el ámbito de la disciplina del proceso.

3. *La probabilidad cuantitativa*.–Se obtiene de las consideraciones precedentes que el problema de la determinación del hecho no tiene que ver con certeza absoluta alguna (si no es como ideal regulativo y tendencial) y consiste, en cambio, en la determinación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia del hecho. La exclusión de la certeza absoluta del conjunto de los objetivos alcanzables por medio del conocimiento empírico y, en especial, en la determinación judicial de los hechos, conlleva que nos situemos en el ámbito de la incertidumbre, es decir, de conocimientos y juicios de los que únicamente se puede decir, en línea de principio, que no

tienen una fundamentación absoluta, completa e indiscutible. Por otra parte, la incertidumbre no es de por sí sinónima de desorden o de irracionalidad[74]; simplemente, suscita problemas de racionalización que se resuelven con métodos probablemente distintos de los que son utilizables en contextos en los que se admite la lógica de la verdad/falsedad en términos absolutos.

Frente a problemas de este género, la reacción más común y difundida consiste en razonar, también a propósito de la determinación judicial del hecho, en términos de probabilidad. Esto es, se dice que esta determinación, si no puede fundamentarse en alguna verdad «absoluta», al menos puede conseguir un sustituto aceptable, constituido por alguna verdad «probable»[75].

Desafortunadamente, el empleo de los términos «probable», «probabilidad» y parecidos no es en absoluto el idóneo para esclarecer las cosas, y mucho menos para establecer los criterios sobre los que las pruebas hacen aceptable la hipótesis sobre el hecho. Por un lado, la idea de la probabilidad difundida, en especial, entre los juristas tiene una connotación puramente negativa, ya que se tiende a definir como probable aquello que no es falso pero que tampoco es ciertamente verdadero. Sin embargo, puede intuirse que con nociones negativas y muy genéricas como ésta no se puede llegar muy lejos[76]. Por tanto, no se puede esperar que surjan de ellas soluciones para problemas complejos como los que se plantean en la determinación del hecho sobre la base de las pruebas. Además, existen en el ámbito de la psicología experimental elementos suficientes para sostener que el hombre es, de

74. V., *infra*, capítulo IV, 1.

75. V., por ejemplo, Calamandrei, *op. cit.*, p. 616 y, entre lo más reciente, Chiarloni, *op. cit.*, p. 509. Este modo de razonar es recurrente en las diferentes literaturas sobre el tema: cf., por ejemplo, Musielak y Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984, pp. 69 ss.; Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, London, ²1983, pp. 10 ss. La misma forma de razonar destaca en la cultura jurídica italiana: v., por ejemplo, Pescatore, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, pp. 187 s., 195 s.; Ramponi, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, pp. 299 ss. Ésta vendrá después influenciada por la reconstrucción silogística del razonamiento probatorio, en especial en la versión que ofrece de ella Carnelutti (cf. Id., *La prova civile*, Roma, ²1947, pp. 73 ss. —tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 62 ss.—), quien por su parte se expresa en términos de probabilidad-verosimilitud (*ivi*, p. 114 —tr. cast., *ivi*, p. 96—). Sobre estos aspectos, v., en especial, Besso Marcheis, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1126 ss.

76. Éstas se prestan, por otra parte, a equívocos de notable importancia, como el señalado en el apartado precedente.

todas formas, un pésimo «calculador de probabilidades»[77], lo que es bastante para excluir que se pueda recurrir a las nociones de sentido común que emplean a menudo la idea de probabilidad.

Por otra parte, la situación no resulta más simple, sino mucho más complicada, si se toma en cuenta la teoría científica de la probabilidad. No existe, en efecto, *una* teoría de la probabilidad que se pueda asumir como una posible y eventual solución para los problemas de la prueba del hecho en juicio: mientras que en el origen de la concepción moderna de la probabilidad en el siglo XVII las concepciones fundamentales eran, al menos, dos, la pascaliana y la baconiana[78], un estudio reciente identifica siete concepciones[79] y nada garantiza que el elenco sea completo. Una remisión genérica a la probabilidad, aunque sea en versión científica y no en la propia del sentido común, no tiene ningún sentido. Además, no es siquiera practicable un análisis que examine todas las teorías de la probabilidad hoy existentes en los distintos campos para determinar si alguna, y en su caso cuál de ellas, puede ofrecer elementos útiles para el problema aquí considerado[80]. Este análisis tampoco es necesario, en realidad, ya que la idea de aplicar alguna noción de probabilidad a la determinación judicial del hecho no es nueva en

77. Al respecto, es fundamental y amplio el análisis de Nisbett y Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgement*, New Jersey, 1980, pp. 28 ss., 43 ss., 65 ss., 90 ss., 139 ss. Cf. también Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, pp. 18, 53 ss.

78. Cf. la amplia exposición de Hacking, *El surgimiento de la probabilidad. Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*, Barcelona, 1995, pp. 24 ss., 35 ss. y *passim*, además de Eggleston, *op. cit.*, pp. 8 ss. La distinción entre probabilidad «pascaliana» y «baconiana» se debe principalmente a Jonathan Cohen (cf. *The probable*, cit., pp. 5 ss., 144 ss., y *An Introduction*, cit., pp. 4 ss., 14 ss., 40 ss., 145 ss.) y se ha convertido en un lugar común en la literatura sobre el tema.

79. Cf. Kaye, *Introduction. What is Bayesianism?*, en *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and its Limits of Bayesianism*, ed. por P. Tillers y E. D. Green, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp. 3 ss. (este volumen recoge de forma casi exhaustiva las actas de un seminario sobre el tema; una versión completa de las mismas se puede encontrar en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, n.º 3 y 4, pp. 377 ss.). Para otras clasificaciones de los conceptos de probabilidad, v., por ejemplo, Schafer, *The Construction of Probability Arguments, ivi*, p. 187; Tillers, *Mapping Inferential Domains, ivi*, pp. 278 ss.; Schum, *Probability and the Processes of Discovery, Proof and Choice, ivi*, pp. 213 ss., 264 ss.; Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 47 ss., 81 ss.; Goldman, *op. cit.*, pp. 305 ss.; Koch y Rüssman, *Juristiche Begrün-dungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 289 ss.

80. Para intentos de este tipo, v., por ejemplo, el texto de Schum citado en la nota anterior. V. también N. B. Cohen, *Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in a World of Imperfect Knowledge*, en *New York Un. L. Rev.* 60, 1985, pp. 386 ss.

absoluto[81]; es más, se puede pensar que todas las posibilidades ofrecidas por las actuales teorías de la probabilidad han sido más o menos ampliamente exploradas, de forma que un balance aceptable de las relaciones entre probabilidad y el juicio sobre el hecho puede provenir del examen de los principales ejemplos de aplicación de las teorías de la probabilidad al problema de la prueba.

3.1. *El teorema de Bayes y sus aplicaciones.*–Una concepción muy importante de la probabilidad, a la que a menudo se recurre para explicar los problemas relativos a las pruebas, es la concepción *cuantitativa*, según la cual la probabilidad es la *medida* de la incertidumbre de un fenómeno del que no se puede predicar la falsedad (o inexistencia) ni la verdad absoluta (o existencia).

Existen dos versiones principales de esas concepciones. Según la versión que se suele definir como *objetiva*, la probabilidad indica una característica de los fenómenos del mundo real[82]. En especial, indica la frecuencia con la que un cierto hecho se verifica dentro de una clase o serie de fenómenos: se trata de la probabilidad estadística que —como se verá— puede tener alguna aplicación judicial, pero no parece poder ofrecer por sí misma un modelo general apreciable de razonamiento probatorio[83].

La segunda versión se define como *subjetiva* porque pretende racionalizar el convencimiento acerca de la eventualidad de que un determinado evento se verifique o se haya verificado[84]. En esta versión el valor cuantitativo de la probabilidad representa la *medida del convencimiento* racional acerca de ese evento, o bien el grado en el que es racional sostener que es verdadera la proposición que lo afirma[85]; éste

81. V., en efecto, Hacking, *op. cit.*, pp. 25 ss., 104 ss., con especial referencia a Leibniz; también Dessì, *L'ordine e il caso. Discussioni epistemologiche e logiche sulla probabilità da Laplace a Peirce*, Bologna, 1989, pp. 31, 45, 138, con referencia a Condorcet y a Poisson. También Bernoulli y Boole intentaron usar teorías probabilísticas aplicándolas al problema de la prueba: cf. N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 386. V. además, *supra*, n. 75.

82. Sobre el concepto de probabilidad objetiva, cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 312 ss.; Schafer, *op. cit.*, p. 187; Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, en *Ind. L. J.* 57, 1982, p. 3.

83. V., *infra*, apartado 3.3.

84. Sobre la equiparación, en el ámbito de la probabilidad subjetiva, entre probabilidad de eventos futuros y probabilidad de eventos pasados desconocidos, cf. Eggleston, *op. cit.*, pp. 10, 26, 31.

85. Sobre el concepto de probabilidad subjetiva, cf. Goldman, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*; Schafer, *op. cit.*, *loc. cit.*; Callen, *op. cit.*, pp. 3 ss., 8 ss.; J. Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 59 ss.

se determina mediante un cálculo que comprende tanto el grado subjetivo de adhesión a una hipótesis como el grado de aceptabilidad que ésta adquiere sobre la base de la frecuencia relativa de los eventos de la clase en la que se incluye el hecho a conocer[86].

Definida así la probabilidad, se intuye que esta noción haya parecido utilizable como modelo para representar la situación del juez frente a la prueba del hecho y para resolver sus respectivos problemas en términos de cálculo de probabilidad. Esto es lo que ha ocurrido, sobre todo, en los Estados Unidos, sobre la base de la versión subjetiva de la probabilidad cuantitativa que desemboca en el teorema de Bayes* y en sus múltiples desarrollos. Después de algunos estudios iniciales muy importantes aparecidos en los años setenta[87], la teoría bayesiana apli-

86. Sobre estos aspectos de la probabilidad subjetiva, v., en especial, Goldman, *ibid.*; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391; Callen, *op. cit.*, pp. 5 ss.; Kaye, *op. cit.*, pp. 6 ss. Para cuantificar la adhesión subjetiva a una hipótesis se recurre habitualmente al cálculo matemático de la «disponibilidad a apostar» sobre la verificación de esa hipótesis en un contexto de frecuencias determinado: cf. Callen, *ibid.*; Schafer, *op. cit.*, p. 194.

* $$P(H/E) = \frac{P(E/H)P(H)}{P(E/H)P(H)+P(E/\neg H)P(\neg H)}$$

El teorema puede leerse como: la probabilidad de que suceda el hecho H, dado que se da el hecho E, es igual a la probabilidad de que suceda el hecho E dado H por la probabilidad de que suceda H, dividido por la probabilidad de que suceda E dado H por la probabilidad de H, más la probabilidad de que suceda E dado no H por la probabilidad de no H. [*N. del T.*]

87. Cf., en especial, Lempert, *Modeling Relevance*, en *Mich. L. Rev.* 75, 1977, pp. 1021 ss.; Broun y Kelly, *Playing the Percentages and the Law of Evidence*, en *Ill. L. Rev.*, 1970, pp. 23 ss.; Kornstein, *A Bayesian Model of Harmless Error*, en *J. Leg. St.* 5, 1976, pp. 121 ss.; Finkelstein y Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, en *Harv. L. Rev.* 83, 1970, pp. 484 ss.; Dawson, *Probability and Prejudice in Establishing Statistical Inference*, en *Jurim. J.* 13, 1972, pp. 191 ss.; Gerjnoy, *The Relevance of Probability Theory to Problems of Relevance*, *ivi*, 18, 1977, pp. 1 ss. Una síntesis eficaz de la teoría bayesiana se encuentra también en Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, en *Harv. L. Rev.* 84, 1971, pp. 1351 ss. La teoría bayesiana ha tenido también aplicación en sectores distintos al de la prueba: cf., por ejemplo, Kaye, *The Laws of Probability and the Law of the Land*, en *Un. Chi. L. Rev.* 47, 1979, pp. 34 ss.; Suppes, *The Concept of Obligation in the Context of Decision Theory*, en *Sciences, Decision and Values*, Dordrecht, 1973, pp. 1 ss. Por otro lado, ha tenido también una considerable influencia sobre los análisis psicológicos de los mecanismos decisorios: v., en especial, Rumiati, *op. cit.*, pp. 43 ss.

La «moda bayesiana» no nace de la nada; es la consecuencia directa de intentos anteriores de aplicar los modelos de cálculo de la probabilidad matemática a los problemas de la prueba: v., por ejemplo, Ball, *The Moment of truth: Probability Theory and Standards of Proof*, en *Vand. L. Rev.* 14, 1961, pp. 807 ss.; Cowan, *Decision Theory in Law, Science and Technology*, en *Rutg. L. Rev.*, 1966, pp. 499 ss.; Kaplan, *Decision Theory and the Factfinding Process*, en *Stanf. L. Rev.* 20, 1968, pp. 1065 ss.; James, *Relevancy, Probability and the Law*, en *Calif. L. Rev.* 29, 1941, pp. 689 ss.

cada a la valoración de las pruebas y a la determinación de los hechos se ha convertido en la base para una suerte de ortodoxia teórica[88], según la cual ser «bayesiano» significa ser *up to date* y estar en posesión de una teoría no sólo «verdadera» sino capaz de resolver casi todos los problemas de valoración de la prueba. Obviamente, esto no significa que todos los que se ocupan de estos problemas sean necesariamente adeptos a esta ortodoxia, ya que tampoco faltan —como se verá— críticas y disensiones incluso radicales. La doctrina bayesiana ha adquirido, sin embargo, una notable influencia, de forma que es frecuente encontrarla expuesta en los manuales de *Law of evidence*[89] y son muy frecuentes los escritos en materia de pruebas que resuelven el problema de la respectiva valoración por medio de alguna aplicación del teorema de Bayes o bien remitiéndose a él[90].

La teoría bayesiana no es, en realidad, una doctrina de la prueba; es un método de cálculo sobre la base del cual, frente a la necesidad de valorar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho *X*, se establece la probable frecuencia de *X* dentro de una clase determinada de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de los *X* en esa clase[91]. El teorema de Bayes permite atribuir a esa frecuencia probable un valor numérico fraccionario comprendido entre 0 y 1: este valor representa el grado de convencimiento racional sobre *X*. Lo que parece haber re-

88. Cf. Edwards, *Summing Up: The Society of Bayesian Trial Lawyers*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 337 ss.

89. Cf. Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, pp. 148 ss., para una aplicación del teorema de Bayes al problema de la relevancia de las pruebas. Una amplia exposición de ese teorema y de sus aplicaciones en el ámbito probatorio, con especial referencia al problema de la relevancia, puede verse en Tillers, en Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, rev. por P. Tillers, Boston-Toronto, 1983, pp. 1011 ss., 1046 ss.

90. Entre los escritos más recientes, cf. Shaviro, *Statistical Probability, Evidence and the Appearance of Justice*, en *Harv. L. Rev.* 103, 1989, pp. 530 ss.; Koehler y Shaviro, *Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods*, en *Corn. L. Rev.* 75, 1990, pp. 247 ss.; *The New Evidence Scholarship: Analysing the Process of Proof*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 61 ss.; Kaye, *Introduction*, cit., pp. 8 ss.; Schum y Martin, *Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence*, en *Law & Soc. Rev.* 17, 1982, pp. 145 ss.; Martin, *A Comment in Defense of Reverend Bayes*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 169 ss.; Edwards, *Insensitivity, Commitment, Belief, and Other Bayesian Virtues, or, Who Put the Snake in the Warlord's Bed?*, *ivi*, pp. 271 ss.; Feinberg y Schervish, *The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Evidence and for Legal Decisionmaking*, en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, pp. 771 ss.; Friedman, *A Close Look at Probative Value*, *ivi*, pp. 733 ss.; Id., *A Diagrammatic Approach to Evidence*, *ivi*, pp. 585 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 31 ss., 232 ss.

91. Cf. Kaye, *Introduction*, cit., p. 6. Para la aplicación del teorema a la «revisión de las opiniones», cf. Rumiati, *op. cit.*, pp. 43 ss.

presentado el elemento más atractivo de la doctrina bayesiana es precisamente el hecho de que el teorema produce valores cuantitativos exactamente determinados sobre la base de un cálculo matemático. A partir de aquí, no es necesario mucho más para pensar que se tiene al alcance de la mano la solución del problema fundamental, es decir, del problema de la determinación precisa del grado de probabilidad que puede ser asignado racionalmente a la hipótesis del hecho. Es más, se trata de una determinación *numérica*, usualmente expresada mediante un 0 seguido de dos decimales, lo que hace confrontables y conmensurables los valores de probabilidad que corresponden a las distintas hipótesis. La elección entre estas hipótesis se reduce, pues, a la confrontación entre valores numéricos; y también la aplicación de criterios jurídicos de decisión sobre el hecho, como la superación del *reasonable doubt* o la *preponderance of evidence*[92], resulta fácil una vez que esos criterios se traducen en parámetros numéricos con los que se confrontan los valores producidos por el cálculo bayesiano en cada caso concreto[93].

Este cálculo ha sido aplicado y desarrollado en algunas de las situaciones probatorias típicas: además de al caso-base de la prueba directa de un hecho, al problema de la relevancia y sobre todo a la hipótesis de la prueba que requiere *cascaded inferences*[94]. Esto ha llevado a constatar que la aplicación del teorema de Bayes implica un cálculo matemático relativamente simple en la hipótesis de base en la que una prueba se dirige directamente al hecho[95]; la complicación del cálculo y el formalismo matemático necesario para dominarlo aumentan, en cambio, en una medida impresionante (al menos para quien no posea una formación específica en el campo del cálculo matemático de la probabilidad) cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la de la *cascaded inference* o la de la pluralidad de elementos de prueba relativos a la misma hipótesis sobre el hecho[96].

92. Para un análisis de los dos criterios desde la perspectiva probabilística, cf. Eggleston, *op. cit.*, pp. 114 ss., 128 ss.

93. Cf., por ejemplo, Kaye, *Do We Need a Calculus of Weight to Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 129 ss.; Id., *The Limits of the Preponderance of Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, en *Am. Bar. Found. Res. J.*, 1982, pp. 487 ss. La discusión de los dos temas está presente, por otra parte, en la mayor parte de los ensayos dedicados a las aplicaciones de la doctrina bayesiana y a sus respectivas críticas, de forma que pueden verse al respecto también las referencias contenidas en las notas precedentes.

94. Cf., en especial, Lempert, *Modeling Relevance*, cit.; Schum-Martin, *op. cit.*, pp. 105 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 232 ss.; Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, pp. 1034 ss.

95. V., por ejemplo, la exposición del teorema de Bayes en Lempert, *op. ult. cit.*, pp. 1022 ss.

96. V., por ejemplo, los cálculos reproducidos en Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 145 ss., o el ejemplo desarrollado por Callen, *op. cit.*, pp. 12 ss. V. también Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss.

El uso excesivo del formalismo matemático ha suscitado reacciones y polémicas en las que se ha sostenido que ello sitúa la determinación de los hechos en una dimensión incontrolable al estar demasiado alejada del sentido común[97]. Se trata, por otra parte, de una crítica discutible, ya que parece presuponer que el sentido común posee los instrumentos y las reglas necesarios para una valoración racional de las pruebas y del fundamento de las hipótesis sobre el hecho; en cambio, es fácil mostrar que esto no es en absoluto verdadero y que son numerosos los factores «de sentido común» que distorsionan la correcta percepción o representación de un hecho o el modo correcto de formular inferencias de un hecho a otro[98].

Esto no demuestra, sin embargo, que la doctrina bayesiana no tenga límites. Por un lado, la excesiva complicación matemática que parece necesaria, cuando se pasa de la situación más simple a las más complejas, acaba por hacer depender el resultado final del cálculo mucho más de las exigencias técnicas intrínsecas al método de cálculo adoptado que de las peculiaridades del problema concreto que se quiere resolver. Cuánto más complejo es el cálculo, más necesario resulta insertar asunciones, convenciones y reglas: incluso asumiendo que éstas sean necesarias y estén fundadas desde el punto de vista matemático, no es seguro que sean aceptables en la situación concreta a la que se aplica el cálculo[99]. Se presenta, entonces, el riesgo de que el resultado del cálculo tenga un valor puramente formal y no represente en realidad la medida de nada[100]. Por otro lado, la extrema complejidad del cálculo en hipótesis moderadamente complejas produce dudas acerca de la posibilidad de que el método bayesiano sea aplicable con utilidad a

97. Cf. Tribe, *op. cit.*, pp. 1375 ss.; Tillers, *op. ult. cit.*, I, pp. 1012 ss., 1061 ss.

98. Cf. Nisbett y Ross, *op. cit.*, *locc. citt.*

99. Al respecto, v. Brilmayer, *Second-order Evidence and Bayesian Logic*, en *Probability and Inference*, cit., p. 164; Tillers, *op. ult. cit.*, I, pp. 1062 ss., 1070. V. Rumiati, *op. cit.*, pp. 45, 53 ss., 64, 68, en el sentido de que el cálculo bayesiano no es una buena representación de los procedimientos decisorios reales.

100. Puede, en efecto, suceder que el cálculo no esté correctamente planteado para reflejar exactamente la peculiaridad del caso concreto, o bien que quien formule el juicio (el jurado, pero el mismo discurso vale también para el juez) caiga en un error y aplique de forma incorrecta los resultados de un cálculo del que no es capaz de controlar sus modalidades y del que no entiende exactamente su significado. Consideraciones como éstas representan el núcleo de las críticas de Tribe, *op. cit.*, pp. 1329 ss., a las que replicaron Finkelstein y Fairley, *A Comment on «Trial by Mathematics»*, en *Harv. L. Rev.* 84, 1971, p. 1801. Esas críticas fueron reafirmadas por Tribe, *A Further Critique on Mathematical Proof*, *ivi*, p. 1810.

todas las situaciones probatorias[101]. Hasta ahora esta posibilidad no ha sido probada (y es, por tanto, objeto de un acto de fe por parte de quien sostiene la validez general del método bayesiano) y, por el momento, sólo algunas aplicaciones son seguramente posibles[102].

Observaciones como éstas identifican sólo algunos límites «externos» —por decirlo así— de la doctrina bayesiana, de forma que dentro de esos límites podría considerarse válida, aunque no sea capaz de resolver todos los problemas[103].

En los últimos años esta teoría ha sido objeto de críticas mucho más radicales, que ponen en discusión su fundamento, es decir, el principio de la aplicabilidad del teorema de Bayes al problema de la prueba judicial de los hechos. En efecto, estas críticas no ponen siempre en discusión ese teorema o los principios referentes al cálculo de la probabilidad cuantitativa, sino su idoneidad para constituir racionalizaciones válidas del problema de la valoración de las pruebas y, por tanto, para ofrecer respuestas válidas en las distintas situaciones en las que este problema se presenta[104].

Un primer orden de observaciones se refiere al hecho de que el teorema de Bayes, si se entiende correctamente, no es idóneo para cuantificar la aceptabilidad de la hipótesis fáctica sobre la base de los elementos de prueba que se refieren a la misma[105]. Ese teorema explica, en efecto, cómo combinar dos ingredientes: la distribución precedente de un cierto fenómeno en una determinada clase (la denominada *prior probability* o *base rate information*) y algo denominado «función de probabilidad», para llegar a determinar la probable densidad o frecuencia de un evento dentro de una muestra determinada[106]. Resulta entonces evidente que ese teorema pretende calcular la probabilidad estadística de un evento dentro de un cierto campo de fenómenos, pero no dice nada acerca del caso concreto: en especial, no toma en cuenta la base probatoria específica del razonamiento que se refiere, en el caso particular, a la hipótesis sobre el hecho. En efecto, no toma en consideración la posibilidad de pruebas que contradigan la *prior probability* y tampoco de fenómenos esenciales para valorar la fundamentación de esa hipótesis, como por ejemplo la amplitud y la naturaleza del material probatorio, la falsedad de las pruebas o la superviniencia de otros elementos de prueba[107].

Objeciones como éstas parecen ya suficientes para desacreditar desde la base la aplicación del teorema de Bayes al problema de las pruebas, pero vale la pena recordar que también se han formulado otras críticas, de distinto alcance e importancia.

Entre éstas tiene una importancia notable la referida a la base del cálculo bayesiano, es decir, a las *prior probabilities* que fundan el valor de probabilidad final. Se trata, como ya se ha mencionado, de datos referentes a la frecuencia de un determinado fenómeno independiente y anterior respecto del hecho específico que se considera (por ejemplo: sobre 100 taxis existentes en una ciudad, 80 son amarillos y 20 son azules) y que son esenciales para calcular la probabilidad de un evento (que el taxi *X* sea amarillo)[108]. Ahora, la dificultad fundamental deriva del hecho de que en muchos casos no existen en el proceso las *prior*

101. V., por ejemplo, Callen, *op. cit.*, p. 39; J. Cohen, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 117 ss.; Schafer, *op. cit.*, p. 195.

102. Cf. Schum, *op. cit.*, pp. 249 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 159 ss.

103. En ese sentido, Eggleston, *op. cit.*, pp. 159 ss. La ambigüedad del estatus de la doctrina bayesiana es, sin embargo, un elemento de perplejidad: una veces, en efecto, ésta es presentada como un esquema heurístico, otras, como un modelo prescriptivo. Cf. Callen, *op. cit.*, p. 2; Lempert, *The New Evidence Scholarship*, cit., pp. 62 ss.

104. La crítica de conjunto más radical a la aplicación de las doctrinas bayesianas al problema de la prueba es la desarrollada por J. Cohen en el volumen *The Probable and the Provable*, cit., en tanto que otras críticas son más específicas y, quizás, menos radicales (v. referencias en las notas siguientes). No faltan tampoco objeciones de orden metodológico general: así, por ejemplo, Brilmayer, *op. cit.*, p. 148, observa que la teoría bayesiana se funda sobre una lógica que desde hace tiempo se considera inadecuada, mientras que Schafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton-London, 1976, pp. 19 ss., 44 s., 201 ss. y *passim*, subraya varios aspectos problemáticos de la teoría, en especial bajo el aspecto matemático.

105. En este sentido, cf., por ejemplo, Callen, *op. cit.*, pp. 9 s., 20 ss., 38 s.; Brilmayer, *op. cit.*, pp. 150 ss., 156 ss. Se trata, en realidad, de la versión específica de una objeción que habitualmente se formula en términos más generales contra la derivación directa de elementos probatorios a partir de frecuencias estadísticas. Se observa, en efecto, que la frecuencia estadística nos dice cuántas veces se verifica un hecho a lo largo de un largo período dentro de un determinado conjunto, y puede ofrecer elementos de probabilidad de la aserción acerca de la frecuencia relativa de ese hecho, pero no dice nada —en el caso particular— acerca de la probabilidad de que un evento concreto se produzca o se haya producido: cf. especialmente Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 47 ss.; Id., *The Probable*, cit., pp. 83 ss.; Kaye, *Naked Statistical Inference*, en *Yale L. J.* 89, 1980, p. 603; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391, y, ampliamente, Tribe, *Trial by Mathematics*, cit., pp. 1332 ss., 1338 ss., 1349 s.

106. Cf. Kaye, *Introdution*, cit., p. 6; Rumiati, *op. cit.*, pp. 32 ss.

107. Cf., en especial, Brilmayer, *op. cit.*, pp. 156 ss., 160 ss.; en sentido análogo, Schafer, *The Construction*, cit., pp. 191 ss.; Callen, *op. cit.*, pp. 15 ss.; Tribe, *op. ult. cit.*, p. 1369. V. además Schafer, *A Mathematical Analysis*, cit., p. 21, para la observación según la cual la teoría bayesiana separa completamente el cálculo de la probabilidad subjetiva de las pruebas que sostienen el convencimiento.

108. Cf. Lempert, *Modeling Relevance*, cit., pp. 1022 ss., 1044 ss.; v. además Finkelstein y Fairley, *op. cit.*; Finkelstein, *Quantitative Methods in Law. Studies in the Application of Mathematical Probability and Statistics to Legal Problems*, New York-London, 1978, pp. 93 ss.

probabilities, es decir, no están disponibles las *base rate informations* relativas a la frecuencia general de los fenómenos del mismo tipo que aquel que es necesario conocer[109]. Éste es un problema del que los seguidores de la doctrina bayesiana no se ocupan, ya que desarrollan sus cálculos tomando en consideración casos en los que existen esas informaciones o casos ficticios en los que las *prior probabilities* son asumidas como hipótesis. Está claro, en cambio, que en la realidad éstas no pueden ser inventadas y habitualmente no existen datos aceptables al respecto[110]: esto lleva a sostener que el teorema de Bayes es en realidad únicamente aplicable —más allá de los ejercicios académicos— a los pocos casos en los que las *prior probabilities* son determinables. Pero, evidentemente, esto equivale a decir que ese teorema no es capaz de fundamentar una teoría general de la valoración de las pruebas; es más, tiene una utilidad absolutamente marginal[111]. A este respecto, vale la pena observar que la inexistencia de informaciones precisas está a menudo «encubierta» por proporciones o porcentajes no verificados, que se usan como forma de expresar tendencias no cuantificadas ni cuantificables o meras generalizaciones de sentido común, o para expresar la intensidad de creencias subjetivas (por ejemplo: el 90% de los testigos que se ruborizan, mienten; pienso que hay un 80% de probabilidades de que mañana llueva). Está claro que proporciones y porcentajes de este tipo no son las *prior probabilities* que necesita el teorema de Bayes, dado que están —al menos en su determinación cuantitativa— absolutamente infundadas y obviamente no tiene sentido fundar un cálculo sobre premisas no fundadas[112]. En efecto, existen numerosos elementos que inducen al sentido común a formular estimaciones estadísticas o proporciones cuantitativas completamente erróneas, como resulta claro en los estudios de psicología cognitiva[113]. Las

109. Cf., en especial, Tribe, *op. cit.*, pp. 1358 ss.; Schum, *Beating and Boulting an Argument*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 206 s.; J. Cohen, *The Role of Evidence Weight in Criminal Proof*, *ivi*, pp. 123 ss.; Id., *The Probable*, cit., pp. 251, 274 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 399.

110. V., en especial, Eggleston, *op. cit.*, pp. 9, 25, 159 ss.

111. En ese sentido, Cohen, *The Role*, cit., p. 123; Callen, *op. cit.*, p. 39; Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, I, pp. 1067 ss. Para una valoración más optimista, cf. Schum, *Probability*, cit., pp. 248 ss.

112. Destaca acertadamente Callen, *op. cit.*, p. 4, que o bien el cálculo está fundamentado sobre bases cuantitativas seguras o bien el modelo matemático es inútil. Pero las bases cuantitativas seguras son precisamente lo que falta en la mayor parte de los casos concretos. Algunos sostienen, por otra parte —pero se trata de una opinión difícilmente aceptable—, que el cálculo bayesiano es aplicable incluso a falta de datos cuantitativos precisos: v., en este sentido, Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss., 128 ss., 159 ss.

113. Cf. Nisbett y Ross, *op. cit.*, pp. 43 ss., 93 ss., 127 ss., 195 ss. Tribe, *op. cit.*, pp.

cuantificaciones de relaciones y proporciones que se fundamentan únicamente en el sentido común deben, pues, ser descartadas; en todo caso, es necesario un control real sobre la fundamentación de los datos asumidos en función de *prior probabilities*, pero esto salva muy pocas hipótesis entre una gran cantidad de aserciones «probabilísticas» infundadas.

Por otra parte, los problemas del teorema de Bayes no se agotan disponiendo de *base rate informations* aceptables[114]. En efecto, puede suceder que el teorema sea aplicado adoptando *prior probabilities* fundadas pero no relevantes. Si, por ejemplo, para citar un caso ya «clásico», el problema es establecer la aceptabilidad de un testigo que declara haber visto un autobús azul, las informaciones relativas al número de los autobuses azules son absolutamente irrelevantes, de forma que un cálculo bayesiano produciría un resultado que no se corresponde en absoluto con la aceptabilidad del testigo y, por tanto, con la fundamentación de la hipótesis de que el autobús que ha provocado el accidente sea azul[115]. Del mismo modo, para citar otro caso «clásico», si es

1358 ss., pone especialmente en evidencia la casualidad y la variabilidad de las cuantificaciones probabilísticas efectuadas por distintos sujetos. Sobre la arbitrariedad en la determinación de las *prior probabilities*, v. también Brilmayer y Kornhauser, *Quantitative Methods and Legal Decision*, en *Un. Chi. L. Rev.* 46, 1978, pp. 142 ss., y entre lo más reciente Underwood, *Trial by Fuzzy Mathematics. An Update Look at People v. Collins*, 1990 (manuscrito no publicado, consultado gracias a la cortesía del prof. Geoffrey C. Hazard), p. 3. A favor del uso de las *base rate evidence* para el cálculo estadístico v., en cambio, Koehle y Shaviro, *op. cit.*, pp. 257 ss.

114. Uno de esos problemas depende del hecho de que, incluso si existen datos estadísticos, en el ámbito de la doctrina bayesiana las *prior probabilities* siguen siendo subjetivas: cf. Schafer, *The Construction*, cit., pp. 196 ss.; Schum, *Beating and Boulting*, cit., p. 206.

115. El caso del autobús azul es uno de los ejemplos aportados por Tribe (*op. cit.*, pp. 1340 ss., 1346 ss.) para demostrar que la disponibilidad de *base rate informations* concernientes a la frecuencia relativa de un cierto fenómeno (el número de los autobuses azules respecto del número de autobuses amarillos) no es suficiente para ofrecer la prueba en el caso específico. El ejemplo ha sido ampliamente discutido en numerosos trabajos sobre la teoría bayesiana: para argumentos análogos a los delineados en el texto, cf. Rumiati, *op. cit.*, pp. 64 ss.; Brilmayer, *op. cit.*, pp. 148 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 395; Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, en *Harv. L. Rev.* 98, 1985, pp. 1379 ss.; Callen, *Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence*, en *Tul. L. Rev.* 65, 1991, pp. 459 ss. Esos argumentos son considerados habitualmente convincentes en el sentido de excluir que se puedan derivar directamente elementos de prueba de un caso específico a partir de datos estadísticos; entre lo más reciente, en sentido contrario, v. Shaviro, *op. cit.*, pp. 530 ss., y Koehler y Shaviro, *op. cit.*, pp. 247 ss., siempre en referencia al caso del autobús azul.

Obsérvese, sin embargo, que el uso incorrecto de datos estadísticos irrelevantes puede llevar a distorsionar completamente el resultado de la decisión, como sucedería si

necesario establecer si Ticio ha pagado o no la entrada a un espectáculo es irrelevante conocer la proporción de personas que no han pagado respecto al total de las presentes[116]: ningún cálculo fundado sobre una *prior probability* de este tipo lleva a nada significativo respecto del problema de si Ticio ha pagado o no la entrada[117]. Esto nos lleva a decir que, mientras el cálculo bayesiano es siempre posible y produce siempre resultados cualquiera que sea la *prior probability* que se adopte, nada garantiza en realidad que el resultado producido «signifique» efectivamente el grado de probabilidad de la hipótesis sobre el hecho. Si la *prior probability* existe pero no es directamente relevante para la reconstrucción del hecho, el resultado numérico producido por el cálculo bayesiano simplemente no tiene sentido[118].

se decidiese acerca de la responsabilidad por los daños en base a la frecuencia estadística de los colores de los autobuses: cf., en referencia a un caso similar, Callen, *Notes*, cit., pp. 20 ss., 35 ss.

116. El ejemplo es propuesto por Cohen, *The Probable*, cit., p. 75, para ilustrar una de las paradojas principales de la teoría fundada sobre las frecuencias cuantitativas. También este caso ha sido ampliamente discutido en la literatura sobre el tema: v., por ejemplo, Brilmayer, *op. cit.*, pp. 147 ss.; Lempert, *The New Evidence Scholarship*, cit., pp. 70 ss.; Kaye, *The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories*, en *Ariz. St. L. J.*, 1979, pp. 101 ss.; Feinberg, *Gatecrasher, Blue Buses, and the Bayesian Representation of Legal Evidence*, en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, pp. 693 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 395.

117. Eggleston (*op. cit.*, pp. 40 ss.) sostiene, en cambio, que incluso en este caso la frecuencia estadística puede fundamentar la conclusión acerca de la probabilidad de que Ticio haya pagado y tiene, por tanto, un valor probatorio autónomo (en el mismo sentido Shaviro, *op. cit.*, p. 540; Koehler y Shaviro, *op. cit.*, pp. 260 ss.). Esto implica, por otra parte, que si todos los espectadores fueran llamados a la causa, todos perderían y serían condenados a pagar, ya que todos ellos se encontrarían en la misma situación desventajosa que Ticio. Serían, así, condenados a pagar de nuevo los 499 espectadores que habían pagado ya. Eggleston, *ibid.*, acepta esta consecuencia, pero está claro que ésta es cualquier cosa menos obvia. Si, en cambio, como parece razonable, se rechaza esta consecuencia, entonces el uso de la frecuencia estadística a efectos directamente decisorios se convierte en muy dudoso.

118. Esta conclusión es intuitiva en los dos ejemplos citados más arriba y en todos los casos que se pueden reconducir al mismo esquema. A los efectos de establecer si el accidente ha sido provocado por un autobús azul, la información de que en la ciudad 8 de cada 10 autobuses son azules es irrelevante; si se usara esa información, comportaría la conclusión de que los propietarios de los autobuses azules serían siempre responsables de todos los accidentes producidos por autobuses no identificados, ya que en cada caso habría una probabilidad del 80% a favor de la responsabilidad de un autobús azul. En el caso de la entrada impagada, todos los espectadores deberían ser condenados, ya que contra cada uno de ellos existe una probabilidad del 50,1%. Estas paradojas no han encontrado respuestas convincentes en el ámbito de la doctrina bayesiana (cf. N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 395). Muestran, en todo caso, los riesgos inherentes al uso incontrolado de las *prior probabilities* y la necesidad de que las frecuencias estadísticas sean empleadas únicamente en los pocos casos en los que éstas son ciertas y directamente relevantes respecto del hecho a probar (v., en especial, Callen, *Notes*, cit., p. 10). Sobre

Consideraciones críticas ulteriores afectan a otros aspectos bajo los que también se pone en duda la capacidad del modelo bayesiano de «representar» y, por tanto, resolver, los problemas referentes a la valoración de las pruebas.

Así, por ejemplo, se señala que adoptando una escala de valores del 0 al 1 no es posible sostener que el valor 0 equivale a la demostración de la falsedad de la hipótesis, como asume el teorema de Bayes, ya que la falta de elementos de prueba significa sólo que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis, no que ésta sea falsa[119]. Es más, se señala que la doctrina bayesiana resuelve mal el problema de la «conjunción», es decir, de las hipótesis en las que se tenga que establecer la probabilidad de varias circunstancias conjuntas, porque el método matemático usado lleva siempre a determinar en ese caso valores excesivamente bajos y, por tanto, escasamente significativos[120]. Análogamente, se ha observado que en los términos de la doctrina examinada algunos problemas fundamentales, como el de la situación de las pruebas convergentes y el de la determinación del criterio de elección entre hipótesis distintas, no tienen solución matemática[121] y, por tanto, escapan a la aplicación del teorema de Bayes. Incluso el que parecía el «punto fuerte» de esa aplicación, esto es, el análisis probabilístico de las *cascaded inferences*, se ha visto sujeto a estrictas críticas tanto desde el punto de vista matemático como por atribuir una estructura al razonamiento inferencial que no se corresponde al modo como éste se desarrolla y acabar determinando valores demasiado bajos y no utilizables[122].

En realidad, existen orientaciones críticas menos radicales, en las que se reconoce que *en algún caso* el método bayesiano puede ser útil porque da cuenta de forma aceptable de algunos problemas probatorios[123]. Parece, sin embargo, que la ortodoxia bayesiana está atravesan-

el tema, v. el muy eficaz análisis crítico de Tribe, *op. cit.*, pp. 1362 ss., acerca de la aplicación de la teoría en estudio por parte de Finkelstein y Fairley, *A Bayesian Approach*, cit.

119. V., *infra*, capítulo IV, 1.2.

120. V., en especial, Cohen, *The probable*, cit., pp. 58 ss., y además Nesson, *op. cit.*, p. 1385; Allen, *A Reconceptualization of Civil Trials*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 24 ss.; Underwood, *op. cit.*, p. 5. El cálculo bayesiano produce además resultados distintos en función de si los hechos a probar son más o menos numerosos: v. Allen, *ivi*, p. 25.

121. V., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 87 ss., 93 ss.

122. Cf. una vez más Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 68 ss. Sobre la idea de que el cálculo bayesiano no es capaz de representar inferencias probatorias, v. Underwood, *op. cit.*, p. 13. A favor de la versión bayesiana, v., en cambio, Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss., 237 ss.

123. Cf., por ejemplo, Schum, *Probability*, cit., pp. 248 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 37 ss., 159 ss., 177 ss., 228 ss., 232 ss., 237 ss.

do desde hace un tiempo una crisis de considerables proporciones, dado que muchas de las críticas que se le han dirigido —como las que se han mencionado— son eficaces para mostrar los límites, incoherencias y elementos relevantes de inadecuación de la teoría en cuestión.

A muchas de estas críticas se responde a veces acentuando el carácter subjetivo de la variante bayesiana de la teoría de la probabilidad: esto es, se subraya que la finalidad de la teoría y del cálculo no es establecer características objetivas de fenómenos o caracteres lógicos de proposiciones, sino únicamente calcular grados de adhesión subjetiva a hipótesis. Ni siquiera por esta vía, por otro lado, parece que la doctrina examinada ofrezca resultados convincentes.

Por un lado, la solución consistente en formalizar el cálculo subjetivo mediante la teoría de los juegos y de las apuestas[124] se presenta como un *escatomage* que complica mucho el aspecto matemático del problema pero no ofrece una solución satisfactoria de la forma en que se determina, en el proceso, el grado de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho[125]. Por otro lado, una vez que se acentúan los caracteres subjetivos en el establecimiento de las premisas del cálculo, se tiene que reconocer la eventualidad de que distintas personas asignen distintas probabilidades subjetivas a las mismas proposiciones[126], y esto elimina cualquier índice de aceptabilidad del cálculo. En fin, los intentos de resolver en clave «subjetivista» los problemas relativos al uso de frecuencias estadísticas parecen poco efectivos[127], incluso cuando parecen

124. De esta forma se vuelve a los orígenes de las doctrinas subjetivistas de la probabilidad o, al menos, a la doctrina de Savage sobre la traducción subjetivista de las frecuencias estadísticas: cf. Lempert, *op. ult. cit.*, p. 68; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391; Tribe, *op. cit.*, p. 1347.

125. Para críticas al modelo de la apuesta aplicado al proceso, cf. Schafer, *The Construction*, cit., p. 194; Brilmayer, *op. cit.*, p. 158.

126. Así Tribe, *op. cit.*, pp. 1348 s. Permanece en todo caso incierto, en el ámbito de la teoría examinada, sobre qué base no arbitraria se puede atribuir una «probabilidad subjetiva» a algo, considerando, además, que esa teoría separa completamente la determinación de las probabilidades subjetivas de la consideración de los elementos de prueba disponibles (cf. Schafer, *op. ult. cit.*, p. 193). Por otra parte, es lícito sostener que el cálculo de las probabilidades no representa una racionalización aceptable de las incertidumbres subjetivas: cf. Goldman, *op. cit.*, p. 328.

127. A veces se intentan revolver en clave subjetivista las paradojas provocadas por el empleo de las *prior probabilities* estadísticas, recurriendo a la posibilidad de que el sujeto incremente o reduzca el grado de adhesión individual al uso de las frecuencias estadísticas, cuando éstas producirían resultados poco aceptables (cf. Tribe, *op. cit.*, pp. 1348 s.). Sin embargo, queda por demostrar cómo, cuándo y según qué criterios puede el sujeto realizar racionalmente estos ajustes. Para un análisis crítico al respecto, v., en especial, Callen, *op. ult. cit.*, pp. 18 ss.; v., además, Rumiati, *op. cit.*, pp. 53 ss. De todos modos, no tiene mucho sentido que deba recurrirse a un cálculo preciso de probabilidad estadística para llegar a resultados exactamente cuantificados y después admitir que esos resultados pueden no resultar aceptables y que, por tanto, es lícito no «creer» en la base estadística del cálculo: el círculo vicioso ínsito en este razonamiento es muy evidente.

captar correctamente algún aspecto del problema[128]. Parece, entonces, fundada la observación de Cohen según la cual la versión subjetivista de la doctrina bayesiana puede ser usada, en el mejor de los casos, para describir un estado mental, pero no explica cómo debería desarrollarse el razonamiento respectivo[129].

En consecuencia, es lícito concluir que la teoría bayesiana del cálculo de las probabilidades no ofrece, en ninguna de sus versiones, una racionalización aceptable y eficiente del problema concerniente a la confirmación probatoria de la hipótesis sobre el hecho. No está excluido que su aparente «exactitud», debida al uso de un acentuado formalismo matemático y a la insistencia en datos y en resultados numéricamente precisos, pueda haber inducido a muchos a sostener que han descubierto finalmente un método «científico» para afrontar ese problema[130]. Sin embargo, más allá del hecho de que no sólo es científico aquello que puede ser traducido en números, resulta que la aplicación del método bayesiano es, por un lado, contraproducente y peligrosa, ya que implica riesgos elevados de errores y de malentendidos[131], y, por otro, escasamente funcional en el contexto procesal porque tiene la peculiar característica de descuidar el dato que en ese contexto es el más importante, esto es, el peso y el significado de los elementos de

128. Éste es el caso de N. B. Cohen, *op. cit.*, especialmente pp. 397 ss., donde se elabora una distinción entre la probabilidad de algo y el grado de confianza con el que esa probabilidad es tomada en consideración. La distinción parece razonable, porque permite distinguir los aspectos objetivos y subjetivos de la probabilidad, y tiene además la ventaja de tomar en cuenta, en la determinación del grado de confianza, elementos relevantes como la naturaleza y la amplitud de las informaciones que están en la base de la probabilidad objetiva. Sin embargo, esta teoría no explica cómo se escoge una probabilidad objetiva significativa, descartando las que no lo son, ni según qué precisos criterios se determina el grado de confianza en la aceptabilidad de la probabilidad objetiva: fracasa, en consecuencia, el intento de configurar un cálculo preciso fundado sobre estos elementos.

129. Cf. *The Role of Evidential Weight*, cit., p. 125.

130. Es el síndrome de que «lo que no se puede contar no existe», del que habla convincentemente Tribe, *op. cit.*, pp. 1361 ss. Sobre la idea de la racionalidad como cálculo de la probabilidad numérica de creencias sobre hechos v. también Galavotti, *Rationality and Probability*, en *Reason in Law*, vol. 3, Milano, 1988, p. 80, y Suppes, *Probabilistic Empiricism and Rationality*, en *Rationality in Science*, ed. por R. Hilpinen, Dordrecht-Boston, 1980, pp. 171 ss.

131. Cf., especialmente, Tribe, *op. cit.*, pp. 1358 ss., y, entre lo más reciente, Underwood, *op. cit.*, pp. 5 ss.

prueba disponibles en el caso concreto[132]. Se trata, pues, de una teoría con una escasa capacidad explicativa porque, como se ha visto, no se adapta a numerosas situaciones, y es también antieconómica, ya que las complicaciones que produce son netamente desproporcionadas respecto a los limitados resultados que está capacitada para conseguir.

3.2. *Otras teorías cuantitativas.*–La teoría bayesiana no ha sido el único intento de aplicar el cálculo de las probabilidades a los efectos de determinar con precisión una cantidad numérica relativa al grado de aceptabilidad que corresponde a una hipótesis fáctica sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Se han avanzado otras teorías en esa misma dirección. Tomando en consideración la doctrina bayesiana, éstas tratan de evitar sus inconvenientes proponiendo modelos, en algunos aspectos, menos toscos —en el plano conceptual, si no en el plano matemático— de los que normalmente se sitúan en la base de la doctrina bayesiana ortodoxa[133]. Dos de estas teorías parecen especialmente interesantes precisamente desde este punto de vista.

La primera se debe a los suecos Ekelöf, Halldén y Edman y recibe el nombre de *evidentiary value model*[134]. A diferencia de la teoría bayesiana, el objetivo de este modelo es establecer el grado de probabilidad en que los elementos de prueba disponibles confirman una hipótesis sobre el hecho. Se trata de un aspecto muy importante porque evita uno de los mayores problemas de la teoría bayesiana (el referente al hecho de que ésta no toma en consideración, o minusvalora, los elementos de prueba al determinar las probabilidades de las hipótesis) y, en cambio, plantea el problema correctamente en los términos de la «lógica de la confirmación» que la hipótesis sobre el hecho recibe de los elementos de prueba concretamente disponibles[135]. También es apreciable y heurísticamente útil la «metáfora del indicador» con la que se aclara la función y el significado del elemento de prueba[136]. Éste ofrece precisamente, como un instrumento de medida (si funciona correctamente), el grado en la que la hipótesis puede considerarse verdadera. Dejando a un lado otras consideraciones que se harán más adelante, esta metáfora tiene la ventaja de poner en el centro del problema el mecanismo probatorio, haciendo depender esencialmente de éste (y no de otros factores como, por ejemplo, la *prior probability* bayesiana) el soporte que se da a la hipótesis sobre el hecho[137]. No por casualidad este soporte es precisamente reconducido al *evidentiary value*, es decir, específicamente al valor que el elemento de prueba concreto manifiesta con relación a la hipótesis[138]. Sobre esta base, y con la ventaja no irrelevante del empleo de un formalismo limitado y comprensible incluso para los no especialistas en el cálculo de la probabilidad, son analizados los problemas de las *cascaded inferences* y de la combinación de pruebas convergentes o contradictorias respecto de la hipótesis sobre el hecho[139].

Tratándose de una teoría que parte de un correcto planteamiento del problema relativo a la relación entre prueba e hipótesis sobre el hecho, vale la pena darle rápidamente una valoración global de «operatividad» a los efectos de verificar si puede considerarse válida en su conjunto. Al respecto, es necesario no obstante tener en cuenta algunos factores que operan en sentido negativo y hacen que esa teoría se

132. En este sentido, v. Brilmayer, *op. cit.*, pp. 156 ss., 164; Callen, *op. ult. cit.*, pp. 15 ss.

133. V., por ejemplo, los escritos de Friedman, *A Diagrammatic Approach to Evidence*, cit., y *A Close Look to Probative Value*, cit.

134. Esta teoría ha sido desarrollada por los autores mencionados en distintos trabajos, la mayor parte de los cuales han sido publicadas en lengua sueca. De todos modos, la teoría ha sido expuesta y discutida en los ensayos recogidos en el volumen *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psycological Aspects of a Theory. Essays ded. to S. Halldén*, ed. por P. Gärdenfors, B. Hansson y N.-E. Sahlin, Lund, 1983, entre los cuales v., en especial, Ekelöf, *My Thoughts on Evidentiary Value*, *ivi*, pp. 9 ss., para una reconstrucción histórica de la formulación de la teoría. Acerca de distintos aspectos de ésta v., entre los escritos accesibles para quien no lee el sueco, Edman, *Adding Independent Pieces of Evidence*, en *Modality and Other Problems of Sense and Nonsense. Essays ded. to S. Halldén*, Lund, 1973; Ekelöf, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis der Ersten Anscheins*, en *ZZP* 75, 1962, pp. 289 ss.; Id., *Free Evaluation of Evidence*, en *Scandinavian Studies in Law* 8, 1964, pp. 5 ss.; Id., *Beweiswert*, en *Festschr. für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 343 ss.; Patti, *op. cit.*, pp. 52 ss., 56 ss.

Una versión revisada y corregida de la doctrina en examen se encuentra en algunos trabajos recientes que pretenden integrar el tema de la valoración de la prueba en una teoría más amplia del razonamiento decisorio: cf. Klami, Rahikainen y Sorvettula, *On the Rationality of Evidentiary Reasoning*, en *Rechtstheorie* 24, 1988, pp. 368 ss.; Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof. Truth or Law?*, en *Scandinavian Studies in Law* 34, 1990, pp. 122 ss., 132 ss.; Klami, Sorvettula y Hatakka, *Truth and Law. Is, Ought and Reasoning*, en *ARSP* LXXV, 1989, pp. 429 ss.

135. V., en especial, Ekelöf, *My Thoughts*, cit., pp. 10 ss., y sus otros escritos citados en la nota precedente. V., además, Freeling y Sahlin, *Combining Evidence*, en *Evidentiary Value*, cit., p. 59; Gärdenfors, *Probabilistic Reasoning and Evidentiary Value*, *ivi*, p. 47; Hansson, *Epistemology and Evidence*, *ivi*, pp. 75 s. Cf. también los comentarios de Schum, *Probability*, cit., pp. 258 ss.

136. Cf. Gärdenfors, *op. cit.*, pp. 53 s.; Edman, *op. cit.*, pp. 181 s.; Freeling y Sahlin, *op. cit.*, p. 59.

137. V., en especial, Gärdenfors, *op. cit.*, pp. 45 s.

138. Cf. Ekelöf, *My Thoughts*, cit., pp. 12 s., 15; Gärdenfors, *op. cit.*, pp. 50, 54.

139. Cf. Ekelöf, *op. ult. cit.*, pp. 16 ss.; Freeling y Sahlin, *op. cit.*; Sahlin, *Do People Combine Evidence According to an Evidentiary Value Model? A Note*, en *Evidentiary Value*, cit., pp. 98 ss.

presente como un desarrollo poco aceptable de premisas correctas y no como una teoría globalmente correcta.

También en este caso, la objeción principal es que el cálculo puede estar planteado válidamente, pero se funda sobre datos que habitualmente no existen. Es necesario observar, por un lado, que al menos en algunas versiones de la teoría examinada se emplea un modelo de cálculo que es esencialmente bayesiano, con la consecuencia de poner en evidencia las *prior probabilities* que fundan la aplicabilidad del teorema de Bayes[140]. Se puede discutir si las *prior probabilities* coinciden siempre o no con las *base rate informations*[141], pero, en todo caso, surge la serie de problemas ya discutidos anteriormente a propósito de la doctrina bayesiana, esto es, los que afectan a la carencia habitual, la aceptabilidad insegura y la posible irrelevancia de las informaciones que son usadas como *prior probabilities*[142]. El problema no se supera, como intenta hacer Ekelöf en un trabajo reciente, apelando al hecho de que a menudo las informaciones necesarias se obtienen de reglas o frecuencias que caen bajo la experiencia común[143]. La experiencia común, dada su indeterminación y variabilidad, puede contener muchas cosas, pero obviamente no puede contener todo lo necesario en cada caso para establecer las *prior probabilities*. Además, y ésta es una objeción radical, la experiencia común contiene «máximas» o «reglas» que son, en realidad, toscas generalizaciones, normalmente incontroladas y, sobre todo, no cuantificadas y no cuantificables si no es a costa de superponer frecuencias estadísticas ficticias a meras valoraciones del llamado «sentido común»[144]. Pero las *prior probabilities* deben estar constituidas por frecuencias cuantitativamente determinadas, porque sin ello ningún cálculo puede funcionar produciendo resultados numéricos. Esto equivale, sin embargo, a decir que en la gran mayoría de los casos el cálculo no es aplicable.

Por otro lado, queda habitualmente indeterminado el factor fundamental de toda la teoría, es decir, el *evidentiary value* de partida. Cuando se trata de determinar el dato de base del cálculo, es decir, el valor a atribuir al elemento de prueba concreto, se dice que ese valor es *presupuesto* o *conjeturado*[145]. Sin embargo, presuponer o conjeturar un valor numérico ficticio de un elemento de prueba puede ser

140. Cf. Freeling y Sahlin, *op. cit.*
141. Cf. Freeling y Sahlin, *op. cit.*, pp. 70 s.
142. V., en efecto, el eficaz análisis de Gärdenfors, *op. cit.*
143. Cf. *My Thoughts*, cit., pp. 11, 20.
144. Para una observación análoga, v., *supra*, apartado 3.1.
145. V., por ejemplo, Ekelöf, *My Toughts*, cit., pp. 12, 18; Freeling y Sahlin, *op. cit.*, pp. 63, 70.

útil para mostrar cómo podría funcionar un cálculo fundado sobre valores numéricos atribuidos a los elementos de prueba, pero no dice nada sobre el problema de base, esto es, sobre la forma de determinar realmente el valor numérico de los elementos de prueba en el caso concreto. Entonces, nos falta la base del cálculo y éste no es capaz de colmar «internamente» esa laguna. Y siendo así, por otra parte, decae la analogía entre la prueba y el instrumento de medida. En efecto, del instrumento (por ejemplo un termómetro) se conoce, además de su funcionamiento y de su grado de precisión, la escala cuantitativa que determina el valor específico del resultado concreto y que lo hace parangonable a otra medidas efectuadas con el mismo (tipo de) instrumento. Esto es precisamente lo que falta, y sigue faltando también en el ámbito de la teoría que se está examinando, en el elemento de prueba[146]. Al respecto, tampoco se puede responder que en el fondo la teoría no tiene necesidad de establecer el valor del elemento de prueba concreto, ya que ésta elabora y propone un modelo de cálculo para la solución de problemas complejos, mientras que el valor específico del elemento de prueba concreto no es más que una variable destinada a ser determinada en el caso concreto. Esta respuesta no es válida porque se funda sobre una asunción no demostrada (y con toda probabilidad infundada), esto es, que existe un método para establecer racionalmente un valor numérico atribuible a la prueba concreta. Por otra parte, se esperaría que una teoría fundada sobre el *evidentiary value* de los elementos de prueba y que pretende construir cálculos cuantitativos de probabilidades que tienen por objeto este «valor» identificase también los criterios para determinarlo. Como ya se ha hecho anteriormente respecto de la doctrina bayesiana, también aquí se puede destacar que no tiene mucho sentido construir modelos de

146. Por otra parte, en la práctica sucede que el elemento de prueba (por ejemplo el testigo) sufre las consecuencias de condiciones que alteran su «funcionamiento», lo que complica el problema de establecer la aceptabilidad de sus «medidas»: cf. Hansson, *op. cit.*, p. 80. Los mismos inconvenientes surgen en los intentos más recientes de utilizar la teoría del *evidentiary value* (al respecto, v. Klami, Rahikainen, Hatakka y Sorvettula, *opp. citt.*, en la nota 134). En efecto, en ellos se continúa suponiendo que existen fórmulas de cálculo cuantitativo de la aceptabilidad de la prueba, sin indicar, no obstante, cómo deberían ser concretamente determinadas las cantidades. Esos inconvenientes se presentan, incluso agravados, en cuanto el *evidentiary value* es incluido en fórmulas cuantitativas que pretenden representar completamente el razonamiento decisorio. No falta en estas teorizaciones una cierta conciencia del problema (v., por ejemplo, Klami, Hatakka y Sorvettula, *op. cit.*, pp. 122, 135; Klami, Rahikainen y Sorvettula, *op. cit.*, p. 370), pero acaba prevaleciendo la tendencia a calcular cuantitativamente incluso lo que en realidad escapa a determinaciones cuantitativas aceptables (como, por ejemplo, la desventaja que se derivaría de decisiones judiciales equivocadas: v. *ibid.*).

cálculo de las probabilidades más o menos sofisticados si la «cantidad» de partida queda indeterminada o si su determinación se deja a valoraciones y preferencias subjetivas y, en cualquier caso, no controladas o controlables.

Esta carencia fundamental ha sido percibida por uno de los autores de la teoría examinada, Ekelöf, que ha rectificado su pensamiento excluyendo precisamente que el valor de la prueba concreta sea numéricamente determinable. Coherentemente, propone el uso de una escala de valores 0-1, dentro de la cual no operan fracciones numéricas determinadas, sino calificaciones «vagas» del valor de la prueba concreta[147]. Este cambio de dirección es significativo, pero no puede dejar de tener un efecto devastador sobre el conjunto de la teoría que se ha examinado hasta aquí. Como se ha dicho, en efecto, ésta se funda sobre la premisa de que el *evidentiary value* del elemento de prueba concreto sea de alguna forma cuantificado, ya que el respectivo «número» es la variable fundamental del cálculo probabilístico. No obstante, si se niega la posibilidad de cuantificar numéricamente la variable, la consecuencia inevitable es que el cálculo no puede funcionar. La nueva opinión de Ekelöf, que parece correcta en este punto, no es, pues, un ajuste interno de la teoría del *evidentiary value*; es más bien un cambio radical de perspectiva que pone en crisis el punto de partida de la teoría entera.

Consideraciones sustancialmente análogas valen para la elaboración propuesta por Schafer respecto al problema de la combinación de elementos de prueba[148]. Schafer no se ocupa específicamente de las pruebas jurídicas (aunque a menudo usa ejemplos jurídicos), ya que está interesado principalmente en la elaboración matemática del problema de la *evidence* respecto de hipótesis, desde un punto de vista muy general (tanto es así que considera el teorema de Bayes como un caso particular de su propia teoría)[149]. Sin embargo, Schafer parte de premisas aplicables al problema jurídico de la prueba, como las que afectan a la «función de creencia» en el fundamento de las hipótesis[150], y elabora una serie de situaciones que pueden producirse cuando se tienen combinaciones de pruebas, algunas de las cuales pueden encontrarse fácilmente en el contexto del proceso[151]. Además, el análisis de Schafer tiene el valor de definir con notable claridad y rigor sus propios presupuestos, sus nociones de base, sus condiciones y sus límites de aplicabilidad[152]: sobre esta base Schafer construye una elaboración matemática muy sofisticada (que tiene el valor no despreciable de no ser la enésima versión del teorema de Bayes), destinada a permitir la determinación analítica del cálculo de las pruebas, en la versión subjetivizada del «grado de creencia», en las distintas situaciones de *combined evidence*.

El análisis de Schafer ha sufrido valoraciones de distinto signo, ya sea desde el punto de vista estrictamente matemático, ya sea desde el punto de vista de la coherencia del sistema elaborado por él[153], pero no es éste el aspecto que aquí nos interesa. Lo que sí importa destacar es que la teoría de Schafer, en cuanto que pretende construir el cálculo cuantitativo de la aceptabilidad que una combinación de elementos de prueba atribuye a una hipótesis, deja indeterminado el elemento de partida, esto es, el *quantum* de «creencia» que se atribuye al elemento de prueba concreto. A diferencia de lo que sucede en otros casos, como los considerados anteriormente, Schafer es perfectamente consciente de este problema, que incluso explicita claramente, destacando que la determinación de este valor depende de elecciones a realizar en el caso concreto, mientras que su teoría tiene un objetivo bien distinto: la elaboración matemática de un modelo de cálculo destinado a ser aplicado en determinadas situaciones[154].

Esto comporta repetir también en este caso la observación de que entonces se trata de una teoría difícilmente aplicable a las valoraciones de las pruebas judiciales, ya que lo que habitualmente falta en juicio es precisamente la posibilidad de determinar racionalmente la cantidad numérica del grado de aceptabilidad (objetiva o subjetiva) de la hipótesis probatoria concreta. Debe considerarse, por otra parte, que ésta no es una verdadera objeción a la teoría de Schafer, del mismo modo que no es una objeción contra el teorema de Bayes, en sí mismo considerado: está claro que no se puede objetar a un teorema (o a una teoría matemática) que no prevea la determinación de las variables en el caso concreto.

Esa consideración, en cambio, opera como objeción contra las teorías que se presentan como teorías probabilísticas de la prueba judicial y proponen modelos de cálculo que se aplican únicamente a variables numéricamente cuantificadas sin tomar en cuenta el hecho de que, en

147. Cf. *My Thoughts*, cit., pp. 14, 24.
148. Cf. Id., *A Mathematical Theory of Evidence*, cit.
149. V. *ibid.*, pp. 30 ss.
150. V. *ibid.*, pp. 39 ss.
151. V. *ibid.*, especialmente pp. 58 ss., 82 ss., 90 ss., 219 s.

152. V., en especial, *ibid.*, pp. 5 ss., 9, 20 ss., 35 ss., 74 ss.
153. Cf., por ejemplo, Levi, *Consonance, Dissonance and Evidentiary Mechanisms*, en *Evidentiary Value*, cit., pp. 27 ss.; Freeling y Sahlin, *op. cit.*, pp. 61 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 235 ss.
154. V. *op. ult. cit.*, pp. 20 ss.

la gran mayoría de los casos, en el proceso esas variables no pueden ser cuantificadas. Entre esas teorías pueden distinguirse aquellas que se aproximan en mayor o menor medida a la situación de la prueba judicial, y por tanto la «reflejan» de un modo más o menos aceptable[155]; su denominador común es, sin embargo, ser tendencialmente inaplicables, ya que son cuantitativas y, por tanto, presuponen cuantificaciones que habitualmente no existen en el proceso o son arbitrarias e incontroladas[156].

También pueden realizarse consideraciones análogas a las anteriores a orientaciones que se han manifestado en la literatura alemana reciente en materia de valoración de las pruebas.

También en este caso la exigencia de fondo es evidentemente la de sustraer la determinación del hecho del arbitrio subjetivo del juez, anclándolo lo más posible en criterios «objetivos»[157]. Dado que por otra parte ya se considera obvio que la valoración de las pruebas tiene carácter probabilístico, la solución se busca en el ámbito de las concepciones «objetivas» de la probabilidad, lo que habitualmente significa emplear modelos cuantitativos de la probabilidad para obtener esquemas que puedan ser adaptados a la valoración de las pruebas[158]. La reacción contra el subjetivismo de la valoración del juez sobre las pruebas se traduce, pues, en la elaboración de parámetros cuantitativos que deberían guiar esa valoración —haciéndola objetiva.

155. Desde este punto de vista, el análisis de Schafer es probablemente el más profundo, porque está sostenido desde un grado más elevado de conocimiento metodológico y de elaboración formal, aunque se ocupa únicamente de la *combined evidence*. Es también apreciable la teoría de Ekelöf, Erdman y Halldén, precisamente por su preocupación de adecuarse a las situaciones-tipo de la prueba judicial. Bajo este aspecto es, en cambio, poco aceptable, como se ha visto anteriormente, la aplicación del cálculo bayesiano a los problemas probatorios.

156. V., más ampliamente, *infra*, apartado 3.3.

157. De la doctrina más reciente, cf., en especial, Greger, *op. cit.*, pp. 81 ss., 88 ss., 101 ss.; Huber, *op. cit.*, pp. 67 ss., 89 ss.

158. Cf. Greger, *op. cit.*, pp. 13 ss., 40 ss. y, especialmente, 49 ss., 94 ss., 101 ss.; Huber, *op. cit.*, pp. 102 ss.; Musielak y Stadler, *op. cit.*, pp. 69 ss., 124 ss.; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pp. 133 ss., 149 ss. [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banzhaf, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 149 ss., 161 ss.]; Bruns, *Beweiswert*, en *ZZP* 99, 1978, pp. 64 ss.; Bender, *Das Beweismass*, en *Festschr. für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 247 ss.; Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, I, *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 176, 181 ss., 218 ss.; Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, pp. 190 ss.; Nierhaus, *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München, 1989, pp. 55 ss.; Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 287 ss.; Maassen, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, pp. 32 ss.; Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York, 1975, pp. 105 ss., 116 ss.

Éste es el caso, por ejemplo, del trabajo de Schreiber sobre los «valores probatorios»[159], pero esa misma teoría tiene seguidores bastante numerosos en la doctrina alemana[160]. No parece, de todos modos, que se deriven de ahí ideas particularmente originales respecto a las teorías «cuantitativas» que han sido ya examinadas: algunas veces se adopta la línea que parte de Ekelöf-Halldén-Erdman[161], mientras que otras se adopta un concepto de probabilidad como frecuencia relativa que coincide sustancialmente con el que se expresa en el teorema de Bayes[162]. Especialmente en este segundo caso, resulta bastante fácil formular una definición general de probabilidad como frecuencia de un cierto fenómeno, afirmar que ésta es objetiva porque deriva de un cálculo y se expresa con números (habitualmente, siguiendo el modelo bayesiano, con valores entre 0 y 1) y, por tanto, proponer esta definición como instrumento de «objetivización» del valor de la prueba; una vez establecido esto, resulta relativamente fácil la aplicación del instrumental matemático derivado de la estadística para construir modelos de valoración para las situaciones más complejas, como las de las pruebas convergentes o contradictorias respecto a la misma hipótesis de hecho[163].

También respecto de esta línea, no obstante, son válidas las consideraciones ya realizadas acerca de la versión bayesiana del uso del concepto de probabilidad como frecuencia relativa (y no faltan objeciones en esta dirección en la propia doctrina alemana[164]): habitualmente no existen en el proceso los datos que permiten calcular «objetivamente» esta frecuencia, debiéndose obviamente evitar el *escamotage* que consiste en atribuir valores numéricos incontrolados a las nociones genéricas ofrecidas por las máximas de experiencia[165]. Así, por ejemplo, la idea de que el «valor» de una prueba es calculable en función de la relación entre las pruebas verdaderas y las pruebas falsas del mismo género parece imposible por falta de los datos necesarios. Además,

159. Cf. Schreiber, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlin-Heidelberg-New York, 1968, pp. 27, 33, 36, 38.

160. V. las referencias en las notas precedentes y cf. Patti, *op. cit.*, pp. 53 ss.

161. V., por ejemplo, Huber, *op. cit.*, pp. 26 ss.; Greger, *op. cit.*, pp. 94 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 142 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 154 ss.].

162. Cf. Schreiber, *op. cit.*, pp. 25 ss. V. también Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, I, pp. 191 ss.; Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 318 ss.

163. V., por ejemplo, Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, I, pp. 197 ss.; Schreiber, *op. cit.*, pp. 25 ss., 29 ss. V., además, también para ulteriores referencias, Huber, *op. cit.*, pp. 114 ss.

164. V., en especial, el análisis crítico de Huber, *op. cit.*, pp. 107 ss., y también Greger, *op. cit.*, pp. 101 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 173 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 194 ss.]; Musielak, *op. cit.*, pp. 111 ss., 113.

165. V., especialmente, Musielak, *op. cit.*, p. 113.

aunque se dispusiera de esos datos de una forma aceptable, queda la duda de si éstos sirven realmente, en todo caso insertados en un cálculo, para determinar el valor a atribuir a la prueba concreta: admitido que se conozca exactamente la frecuencia de las declaraciones testificales falsas en general, ¿es lícito sostener que esto determina de alguna forma el grado de aceptabilidad de la declaración testifical de Ticio en el caso *X*? Evidentemente no, ya que lo que interesa es establecer el grado específico de credibilidad de ese testigo en ese caso, no establecer si se corresponde, y en qué medida, con una hipotética tendencia general en materia de veracidad de las declaraciones testificales. Quizás podría ser un elemento útil —pero en todo caso no decisivo— la frecuencia de las declaraciones testificales falsas ofrecidas por Ticio si eso demostrara, y en la medida en que lo hiciera, una pronunciada tendencia de Ticio a la mentira, pero está claro que nos encontramos ante una hipótesis meramente teórica[166].

En resumen, es muy raro que se disponga de frecuencias aceptables y exactas respecto de la prueba que se trata de valorar; y cuando existen queda todavía por verificar que sean de alguna manera significativas desde el punto de vista del grado de aceptabilidad que es necesario atribuir a la prueba concreta en el caso concreto[167]. Pero, si se tiene en cuenta esta dificultad, resulta imposible proponer una definición general (es decir, válida para todos los casos posibles) del valor de la prueba como valor numéricamente determinable sobre la base de las frecuencias objetivas que conciernen al tipo de prueba del que es necesario establecer la eficacia.

En lo que respecta a las adhesiones a la doctrina «sueca»[168], se exponen a las mismas objeciones que valen para esa teoría y que han sido ya expuestas. Resulta infundado, en particular, el intento de construir una escala de valores probatorios atribuyendo una cuantificación numérica a calificaciones que Ekelöf, dándose cuenta de las respectivas dificultades, deja en cambio imprecisas[169]. Queda todavía por demostrar, por ejemplo, por qué una probabilidad es «alta» cuando es superior al 75% (y no cuando es superior al 80% o al 70%) o por qué es

166. La tesis examinada ha sido formulada, por ejemplo, por Schreiber (*op. cit.*), pero ha sido sometida a críticas radicales, con argumentos análogos a los mencionados en el texto, en especial por Walter, *op. cit.*, pp. 176 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 197 ss.], y Huber, *op. cit.*, pp. 108 ss.
167. Cf. Greger, *op. cit.*, pp. 102 ss.; Huber, *op. cit.*, p. 109; Prutting, *op. cit.*, pp. 202 ss.; Musielak, *op. cit.*, p. 109.
168. V., *supra*, nota 161.
169. Cf. Huber, *op. cit.*, p. 114.

equivalente a la verdad si es superior al 99,8% (y no, por ejemplo, al 99,5% o al 95% o a otros valores). Ejemplos de este tipo hacen evidente que se trata de cuantificaciones completamente arbitrarias, que en el mejor de los casos pueden ser empleadas como formas para expresar toscamente aproximaciones, pero que no tienen ningún significado aceptable[170]. Siendo así, es también evidente que aquéllas no pueden servir para construir distinciones precisas entre «grados de valor» de las pruebas, ni mucho menos como base para elaborar una teoría cuantitativa de la prueba fundada sobre cuantificaciones numéricas.

Así pues, es verdad que la doctrina de Ekelöf-Halldén-Erdman se acerca en distintos aspectos al problema de la valoración de las pruebas judiciales, mucho más de cuanto sucede con las más o menos toscas e inaceptables aplicaciones de conceptos derivados de la teoría estadística de la probabilidad[171]. Las versiones ofrecidas en la doctrina alemana no consiguen eliminar las dificultades de la teoría originaria; al contrario, precisamente porque están menos controladas desde el punto de vista metodológico, hacen evidentes sus carencias, que resultan manifiestas en el preciso momento en que se dan versiones cuantitativas apresuradas y sustancialmente inaceptables de un análisis conceptual que es, en sí mismo, apreciable.

3.3. *Los límites de la probabilidad cuantitativa*.–El sintético examen dedicado a las principales teorías fundadas sobre la adopción de concepciones cuantitativas de la probabilidad permite formular algunas observaciones de carácter general —en parte ya anticipadas— acerca de los problemas que éstas suscitan y de los límites con que se encuentra su aplicación.

Estas teorías parten de una doble premisa que puede ser sustancialmente compartida: por un lado, el recurso a la noción de probabilidad se ha convertido en inevitable, y no por casualidad es desde hace tiempo un lugar común, por el hecho de excluir que la verdad absoluta sea alcanzable (en general y/o en el proceso)[172]; por el otro, se reacciona contra el subjetivismo incontrolado en la valoración de las pruebas —que corre el riesgo de ser el verdadero contenido de la discrecionalidad reconocida al juez— mediante la construcción de «modelos de cálculo» que pretender maximizar la objetividad de esa valoración a través del empleo de medidas cuantitativas y de valores numéricos,

170. Cf. Huber, *op. cit.*, pp. 178 s.
171. V., *supra*, apartado 3.3.
172. V., *supra*, apartado 1.

además de metodologías matemáticas sofisticadas capaces de producir determinaciones probabilísticas exactas.

Si bien estas exigencias son fundadas, es muy discutible la respuesta que se les da en términos de probabilidad como frecuencia estadística o, en todo caso, como cantidad calculable numéricamente.

Ante todo, es lícito dudar de que el recurso a las teorías estadísticas (o, más en general, pascalianas o cuantitativas) de la probabilidad sea necesario una vez que se adopta una línea probabilística; existen, en realidad, también las teorías de la probabilidad lógica (o baconiana) que —como se verá— pueden ser útiles en el ámbito probatorio[173]. El uso de las concepciones cuantitativas en este ámbito debería, pues, ser considerado como una elección de método (lo que habitualmente no se hace) y no darlo por descontado.

Por otra parte, la idea de que el uso del cálculo matemático es de por sí una garantía, o incluso la única garantía, de la racionalidad del razonamiento probatorio, está muy difundida, pero es *naïve* desde el punto de vista metodológico[174]. En efecto, es evidente que la racionalidad no coincide con el cálculo matemático y mucho menos con el cálculo probabilístico fundado sobre el teorema de Bayes o sobre reglas del cálculo estadístico[175]. Estos tipos de cálculos son ciertamente racionales si son aplicados correctamente (lo que, por otra parte, no siempre sucede en sus «versiones probatorias»), pero, obviamente, no se puede definir como «subjetivo» o «irracional» todo aquello que no se adapte a sus aplicaciones o no sea reconducible a sus condiciones de uso[176]. En resumen, esos cálculos no son en absoluto el único instrumento posible para racionalizar la valoración de las pruebas y el consiguiente juicio sobre las hipótesis de hecho.

Queda entonces por determinar si el recurso a las teorías cuantitativas de la probabilidad es, al menos, la opción metodológica más adecuada para resolver los problemas planteados por aquella valoración; pero también desde este punto de vista existen obstáculos relevantes.

El principal deriva del hecho de que cualquier teoría cuantitativa de la probabilidad y cualquier cálculo con el que se pretenda determinar la probabilidad numérica de algo presuponen una *cuantificación de partida*. En función de las versiones, ésta se puede referir a la frecuencia general de un fenómeno en un ámbito dado (las *prior probabilities* o las *base rate informations*) o al valor que *a priori* se atribuye a la probabilidad de un evento específico o al grado de aceptabilidad de una específica hipótesis fáctica (como, por ejemplo, en las teorías de Schafer o de Ekelöf). Esto es obvio desde el punto de vista matemático, ya que se trata simplemente de determinar las variables a las que se aplica el cálculo en el caso particular, pero es precisamente el punto que hace más problemática la aplicación de las teorías examinadas.

Por un lado, cuando se conjetura o se establece *a priori* o se escoge de partida el valor probabilístico a atribuir a un determinado evento o a una hipótesis específica, se acaba evitando el problema que, en cambio, debería ser resuelto. Éste se refiere precisamente a la determinación del grado de aceptabilidad que se atribuye a un elemento de prueba específico relativo a una cierta hipótesis de hecho. Este problema es irrelevante para el matemático, que se ocupa de las modalidades de un cálculo abstracto; en cambio, el mismo problema es decisivo en el proceso, donde ningún cálculo y ningún razonamiento es lícito si no parte de las modalidades de determinación del valor que se atribuye al elemento de prueba concreto[177]. Este valor no puede presuponerse o conjeturarse y, mucho menos, inventarse a placer: es precisamente lo que debe determinarse en sede de valoración de las pruebas. Por tanto, cualquier teoría de la prueba que no afronte este problema (como sucede por regla general en las teorías cuantitativas de la probabilidad) es incompleta bajo un aspecto esencial. No tiene mucho sentido, en realidad, elaborar cálculos sofisticados si los datos cuantitativos sobre los que se fundan son inciertos o inventados[178].

173. V., *supra*, apartado 4.1.
174. Sobre el correspondiente «síndrome», v., *supra*, nota 130 e *ivi* en el texto.
175. Cf., en general, Goldman, *op. cit.*, pp. 311 ss.
176. Cf., por ejemplo, Huber, *op. cit.*, pp. 111 ss. Una posición de este tipo compartiría, en efecto, con la teoría cuantitativa un presupuesto erróneo, esto es, que sólo aquello que puede someterse al cálculo probabilístico cuantitativo es racional.

177. En otros términos, y en referencia a teorías específicas ya discutidas: Schafer está interesado únicamente en la elaboración matemática de un determinado problema general y, por tanto, deja correctamente de lado el problema de la cuantificación de partida del *degree of belief*, aunque señalando su importancia y exacta naturaleza (v. Id., *A Mathematical Analysis*, cit., pp. 20 ss.). Ekelöf, en cambio, está interesado en elaborar una teoría de la prueba, pero no resuelve el problema de cómo se cuantifica el *evidentiary value* del elemento de prueba concreto (v. Id., *My Thoughts*, cit., pp. 12 ss.). Ambas teorías dejan sin resolver el problema del «valor» del elemento de prueba concreto, pero mientras que esto no incide en la coherencia del análisis de Schafer, sí pone en crisis la teoría de Ekelöf precisamente porque ésta pretende hacer «calculable» el resultado de las pruebas judiciales pero no determina un elemento esencial del cálculo. Por su parte, tampoco la doctrina bayesiana se ocupa del problema de cómo se determina el valor del elemento de prueba concreto, aunque ese valor, que se presupone cuantificado, entra en el cálculo; sin embargo, la mayor dificultad de esa doctrina no es ésta —que ya sería suficiente para negarla— sino la referente a las *prior probabilities* (al respecto, v., *infra*, en el texto).
178. El cálculo probabilístico, en efecto, es posible únicamente si se refiere a datos *seguros*: cf. Callen, *Notes*, cit., p. 4.

La misma observación vale para el otro tipo de dato cuantitativo que es necesario en el cálculo del tipo ejemplificado del teorema de Bayes, es decir, el que concierne a las frecuencias estadísticas de un determinado fenómeno en un ámbito dado. Como ya se ha señalado en distintas ocasiones, esos datos no están disponibles en la mayor parte de los casos concretos en los que se trata de valorar una prueba en juicio. Debe observarse que, para que el cálculo probabilístico sea posible y significativo, es necesario que se trate de datos relevantes para el hecho que se pretende conocer y precisamente determinados de forma aceptable: si falta la segunda condición el cálculo de la probabilidad cuantitativa no es posible; si falta la primera, es posible pero inútil, porque no dice nada significativo[179].

Es algo raro, sin embargo, que se disponga de frecuencias de eventos relevantes para el caso específico. El desarrollo de algunos sectores de conocimiento, desde la economía a la estadística, desde la psicología experimental a los análisis biológicos o espectroscópicos, incrementa la proporción de situaciones en las que se tienen conocimientos de base, formulados en términos de frecuencia estadística, utilizables en el ámbito de la determinación de los hechos[180]. Está claro, por otra parte, que no cualquier conocimiento genérico referente al hecho a probar sirve para fundamentar la determinación del hecho, ya que también puede tratarse de conocimientos fundados pero que no pueden incidir en aquélla (recuérdese el caso de los colores de los taxis). Deben considerarse como relevantes, en cambio, únicamente aquellos conocimientos de base de los que pueden extraerse inferencias sobre el hecho específico, es decir, sobre la aceptabilidad de las hipótesis que se refieren a él[181]. Mientras que disponer de conocimientos referentes genéricamente al tipo de hecho en cuestión es bastante habitual, es muy raro que el juez disponga de frecuencias estadísticas relevantes para la determinación del hecho específico[182].

179. V., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 300 ss., que subraya que el requisito de la relevancia es más importante que el de la alta probabilidad matemática. V., además, Callen, *op. ult. cit.*, pp. 4, 10, 15 ss., 20 ss.; Underwood, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Allen, *op. cit.*, p. 32; Prütting, *op. cit.*, *loc. cit.*

180. Cf., por ejemplo, Huber, *op. cit.*, p. 112; Schafer, *The Construction*, cit., 196 ss.; Cohen, *The Role of Evidentiary Weight*, cit., pp. 117 ss. Para una valoración particularmente amplia de las posibilidades de empleo de los datos de probabilidad estadística, cf. Eggleston, *op. cit.*, pp. 160 ss., 228 ss.

181. Cf. Callen, *op. ult. cit.*, pp. 10, 15 ss., 20 ss.; Id., *Adjudication*, cit., pp. 461 ss.

182. Cf. Callen, *Adjudication*, cit., pp. 467 ss. Un ejemplo significativo de uso de datos estadísticos no concernientes a la prueba del hecho, en materia de liquidación de los daños sobre la base de frecuencias estadísticas, puede verse en Nesson, *op. cit.*, pp. 1382 ss.

El requisito de la determinación precisa y aceptable remite a otro orden de problemas que también han sido mencionados. Éste se refiere a la circunstancia de que el juez, en realidad, dispone muy a menudo de conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los efectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación sintética en las denominadas máximas de experiencia (las *Erfahrungssätze* de la doctrina alemana) y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas. Estas nociones representan, pues, la base de conocimientos «generales» que sirven para la valoración de las pruebas y determinan en gran medida su resultado, como se verá más adelante[183]. El problema que importa particularmente en este punto es que esos conocimientos expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento. Este aspecto determina la importancia de esas nociones[184], pero también sus límites epistemológicos: unas veces, en efecto, son vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, de modo que existe —al menos en teoría— la posibilidad de fundar la valoración de las pruebas sobre esas leyes. Más a menudo, en cambio, estas bases no existen y las máximas de experiencia expresan únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico. En particular, incluso cuando expresan tendencias, frecuencias o prevalencias de ciertos fenómenos en determinados contextos, consisten en indicaciones y criterios muy genéricos y vagos a los que no se puede aplicar ninguna cuantificación de forma aceptable[185]. Aunque estén formuladas en términos numéricos,

183. V., *infra*, capítulo IV, 2 y 3.

184. Sobre el papel de las *background knowledges* de sentido común como obstáculos para la cuantificación probabilística, v., en especial, Schum, *Beating and Boulting*, cit., pp. 206 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., p. 247; Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, I, pp. 1077 ss.

185. En general, sobre estas características de las nociones derivadas de la experiencia común, cf. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, en *Foro It.*, V, 1974, pp. 90 ss. (donde se pueden encontrar también otras referencias bibliográficas). También cf. Cohen, *op.* y *loc. ult. cit.*; Schum, *op.* y *loc. ult. cit.*; Musielak, *op. cit.*, p. 113; Eggleston, *op. cit.*, pp. 44 ss., 144 ss. Este aspecto importantísimo de las máximas de experiencia es totalmente olvidado por Koch y Rüssmann (*op. cit.*, pp. 285 ss.), según los cuales las máximas de experiencia sólo pueden ser «deterministas», es decir, constituidas por reglas generales o «estadísticas» o, lo que es lo mismo, constituidas por frecuencias cuantificadas precisamente. Esta premisa sirve para aplicar los métodos de la probabilidad

como a veces ocurre, se trata únicamente de una forma de expresar tendencias o relaciones entre fenómenos que en realidad son entendidos de un modo vago e incontrolado: por tanto, es imposible usar cuantificaciones, ficticias y poco aceptables[186], como frecuencias definidas precisamente e idóneas para ofrecer las *prior probabilities* necesarias para el cálculo probabilístico. Se trata, en definitiva, de nociones útiles y significativas en sede de valoración de las pruebas, pero que tienen la irreductible característica —en la gran mayoría de los casos— de ser vagas y de no prestarse, por tanto, a cuantificación precisa alguna.

También bajo este aspecto, pues, parece bastante evidente la imposibilidad de construir modelos generales fundados sobre el cálculo cuantitativo de la probabilidad, debiéndose considerar «normal», o al menos muy frecuente, la situación en la que falta, y no es cuantitativamente determinable, una u otra de las premisas desde las que el cálculo debería partir en los casos concretos. En consecuencia, esos modelos siguen siendo a veces interesantes en el plano especulativo, pero no constituyen un esquema general aceptable de racionalización de la valoración de las pruebas.

3.4. *La «prueba estadística».*–Todo esto no significa que la probabilidad cuantitativa, en especial en la forma de frecuencias estadísticas, no tenga ningún papel en el ámbito del razonamiento probatorio. Al contrario, ésta puede desarrollar un papel extremadamente importante cuando se dan las condiciones para el correcto empleo de datos estadísticos a los efectos probatorios. Se dan esas condiciones cuando se dispone de datos estadísticos que están apoyados en fundamentos científicos: no por casualidad, normalmente la denominada prueba estadística se realiza mediante un dictamen técnico, precisamente con la finalidad de garantizar la exactitud del dato estadístico que se usa[187]. Otras condiciones se refieren a la relevancia de ese dato respecto del

estadística al uso de las máximas de experiencia (v., ampliamente, *ivi*, pp. 287 ss., 308 ss., 341 ss.), pero está claramente infundada. En efecto, son absolutamente excepcionales los casos en los que las máximas de experiencia corresponden a reglas generales o a frecuencias estadísticas precisamente determinadas; prevalecen, en cambio, por mucha diferencia, los supuestos en que se trata de meras generalizaciones (no «generales», en sentido propio) que no están estadísticamente cuantificadas. Entonces, el concepto de *Ehrfahrungssatz* usado por Koch y Rüssmann no es aceptable y el modelo del cálculo estadístico adoptado por ellos sobre la base de aquel concepto no es en absoluto generalizable.

186. Sobre los errores de las cuantificaciones de sentido común, v., ampliamente, Nisbett y Ross, *op. cit.*, pp. 43 ss., 93 ss., 127 ss., 167 ss.

187. Sobre la conveniencia de los dictámenes técnicos en este campo, v., en especial, Eggleston, *op. cit.*, pp. 145 ss., 154 ss.

hecho que se trata de determinar: ésta no constituye un problema cuando el propio resultado de la prueba está formulado en términos de probabilidad estadística, como sucede en las pruebas hematológicas o biológicas o en el caso de los diagnósticos médicos[188]. Otras veces, en cambio, puede ocurrir que el dato estadístico sea cierto y esté disponible, pero que su relevancia sea discutible o inexistente respecto al hecho específico que se trata de determinar[189]: por ejemplo, los análisis experimentales de psicología cognitiva determinan la frecuencia con la que se producen en un ámbito dado fenómenos referentes a la percepción o a la memoria de determinados hechos[190], pero *a priori* no es en absoluto seguro que ofrezcan datos estadísticos directamente utilizables para verificar la aceptabilidad de una declaración testifical específica en un determinado caso concreto.

Un ámbito adicional de utilización probatoria de los análisis estadísticos se da en las situaciones —analizadas en su momento— en las que se acaba renunciando a una determinación directa y completa de los hechos concretos jurídicamente relevantes y se sustituye esta determinación por un dato de probabilidad estadística referente a determinados fenómenos. Con independencia de si esa conversión del hecho en dato estadístico es aceptable desde el punto de vista sustancial, está claro que se trata de hipótesis en las que la frecuencia cuantitativa de un determinado fenómeno en un contexto dado deviene la base fundamental de la decisión[191].

La prueba estadística o, más en general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, pues, un papel importante que crece con la extensión del uso de metodologías científicas en sectores probatorios específicos. Pero parece excesivo sostener que ésa sea o vaya a ser el tipo de prueba prevaleciente si se tiene en cuenta que sólo en determinadas condiciones es utilizable correctamente el dato estadístico y resulta apto para producir resultados realmente significativos. Así pues, parece infundada cualquier tesis que pretenda genera-

188. Cf. Cohen, *The Role of Evidential Weight*, cit., pp. 117 ss.; Callen, *Notes*, cit., p. 39; Schafer, *The Construction*, cit., pp. 196 ss.; Brilmayer, *op. cit.*, pp. 150 ss.; Eggleston, *op. cit.*, pp. 165 s. V. además el amplio análisis de Finkelstein, *Quantitative Methods*, cit., pp. 6, 59 ss., y también Barnes, *Statistical Proof. Fundamentals of Quantitative Evidence*, Boston-Toronto, 1983, pp. 33 ss.; Curtis y Wilson, *The Use of Statistics and Statisticians in the Litigation Process*, en *Jurim. J.* 20, 1979, pp. 109 ss.

189. Se trata sustancialmente del problema de las *prior probabilities* que se ha discutido anteriormente.

190. V., por ejemplo, el panorama trazado por Goldman, *op. cit.*, pp. 181 ss., 199 ss., 227 ss., y también Nisbett y Ross, *op. cit.*, pp. 24 ss., 53 ss., 274 ss.

191. Sobre esta hipótesis, v., *supra*, capítulo II, 5.2.

lizar el empleo de las frecuencias estadísticas hasta convertirlas en una especie de modelo general de prueba, por las razones, ya mencionadas, que se oponen al uso generalizado de modelos probabilísticos de tipo cuantitativo.

Por otra parte, debe subrayarse, a este respecto, que el empleo de datos estadísticos a efectos probatorios no significa en absoluto que la prueba asuma la estructura del cálculo estadístico ni que su resultado asuma un valor de probabilidad como frecuencia relativa equivalente al que se encuentra en el dato estadístico utilizado. La probabilidad estadística de un cierto evento constituye de por sí un elemento utilizable a los efectos de establecer el grado de fundamentación de las hipótesis sobre el hecho[192], pero no determina cuantitativamente ese grado.

Si el análisis estadístico dice que existe una probabilidad de 1/n de que dos personas tengan las mismas huellas digitales o los mismos caracteres hematológicos o genéticos, esto no significa que la hipótesis de la identificación de Ticio tenga por ello mismo un valor probabilístico igual a 1/n. Baste constatar, por ejemplo, que en el caso de las huellas digitales esto daría un valor probabilístico bajísimo, prácticamente tendente a 0, que haría absurdo utilizar la correspondiente prueba. En cambio, es la bajísima frecuencia estadística de un cierto evento (dos personas con las mismas marcas distintivas consideradas relevantes para «asimilar» las respectivas huellas) la que permite considerar dotada de un elevado grado de fundamentación la hipótesis de la identificación[193].

Pero el grado de fundamentación de las hipótesis no coincide con la frecuencia (negativa o positiva) de sucesos del tipo del que se pretende probar: el dato estadístico puede ser útil y, a veces, decisivo a los efectos de la prueba, pero no es de por sí suficiente para constituir la prueba del hecho[194]. Lo que el juez debe hacer utilizando el dato estadístico es colmar la distancia existente entre la frecuencia estadística, que de por sí no se refiere al hecho específico a probar, y la hipótesis sobre ese hecho específico, que es el verdadero objeto de la decisión[195].

Este pasaje no está —por decirlo así— «incluido» en el cálculo estadístico y, por tanto, los resultados de ese cálculo deben ser asumidos al objeto de una ulterior valoración, dirigida a establecer si pueden representar, y, en su caso, en qué grado, elementos de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho que se trata de probar[196]. En este sentido, está claro que el modelo de cálculo de probabilidad estadística no puede representar el esquema lógico de la valoración de la prueba: más bien, es un procedimiento que en ciertos casos y en determinadas condiciones puede ofrecer elementos de prueba, cuya utilización a los efectos de la determinación del hecho se produce, sin embargo, según el esquema del grado de confirmación de las respectivas hipótesis que ofrezcan los elementos de prueba.

4. *La probabilidad lógica*.–La probabilidad cuantitativa, o pascaliana, ha sido la concepción que, en una u otra de sus versiones, ha inspirado el mayor número de intentos de racionalización de la incertidumbre que típicamente caracteriza la determinación de los hechos en el proceso. Sin embargo, ésta no es la única teoría disponible de la probabilidad, de forma que su fracaso —constatado anteriormente— como teoría de la valoración de la prueba no excluye que el problema sea afrontado desde una perspectiva distinta pero siempre en el contexto de las concepciones probabilísticas.

Es conocido, por otra parte, que la probabilidad pascaliana representa únicamente una de las dos grandes líneas de la concepción de la probabilidad; la otra está constituida por la probabilidad que ha sido

192. Entre las muchas opiniones en este sentido, v., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 83 ss.; Id., *The Role of Evidential Weight*, cit., pp. 123 s.; Schafer, *The Construction*, cit., pp. 188 ss.; Walter, *op. cit.*, p. 175 [tr. cast., *op. cit.*, p. 196]; Huber, *op. cit.*, p. 113. Cf., en general sobre la distinción entre justificación y frecuencia estadística, Goldman, *op. cit.*, pp. 90 ss., donde, por otra parte, se admite que pueden usarse datos estadísticos como elementos de justificación.

193. Sobre el problema de las huellas digitales, v., en especial, Eggleston, *op. cit.*, p. 164. Sobre el tema, y con amplias consideraciones acerca de los errores que pueden derivarse de la utilización impropia de datos estadísticos, v., en especial, Tribe, *op. cit.*, pp. 1329 ss. Cf. también Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 196 ss.; Nesson, *op. cit.*, pp. 1377 ss.; N. B. Cohen, *op. cit.*, pp. 388 ss. Para un notable ejemplo de «probabilismo cuantitativo ingenuo» v., en cambio, Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 316 ss.

194. Se trata de un punto compartido de forma casi general: cf., en especial, Tribe, *op. cit.*, pp. 1349 ss.; Barnes, *op. cit.*, pp. 31 ss.; Benenson, *Probability, Objectivity and Evidence*, London-Boston-Melbourne-Henley, 1984, pp. 48 ss.; Kaye, *Naked Statistical Evidence*, cit., p. 603; N. B. Cohen, *op. cit.*, p. 391; Callen, *Notes*, cit., p. 38; Brilmayer, *op. cit.*, p. 150; Underwood, *op. cit.*, pp. 7, 8 ss. Resulta, en cambio, totalmente minoritaria y carente de justificaciones convincentes la tendencia a sostener que el dato estadístico puede constituir por sí solo prueba del hecho. Cf. Shaviro, *op. cit.*, pp. 530 ss.; Koehler y Shaviro, *op. cit.*, pp. 247 ss., pero v. también al respecto las críticas profundas de Callen, *Adjudication*, cit., pp. 459 ss.

195. Cf. N. B. Cohen, *ibid.*; Brilmayer, *ibid.*; Tribe, *ibid.*

196. Cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 188 ss., 195, 196 ss.; Schum, *Beating and Boulting*, cit.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 83 ss. Barnes, *op. cit.*, p. 31, aclara que el dato estadístico es una ayuda para formular inferencias sobre el hecho a probar porque, cuando existe, atribuye a esas inferencias una base más objetiva; no obstante, se trata siempre de formular inferencias del dato estadístico al hecho que es necesario probar. En particular, sobre las condiciones elaboradas por la jurisprudencia norteamericana para el empleo de datos estadísticos a los efectos probatorios, cf. Underwood, *op. cit.*, pp. 5 ss.

definida, por contraste, como «baconiana» o «lógica»[197]. Ésta tiene como característica fundamental que no busca la determinación cuantitativa de las frecuencias correspondientes a clases de eventos, sino racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis. En esta concepción el grado de probabilidad de las hipótesis equivale al grado en que los elementos de confirmación les ofrecen sustento[198].

La concepción baconiana de la probabilidad tiene, por su parte, una larga historia y una importancia notable, aunque por varias razones ha sido la probabilidad pascaliana la que ha sido asumida por el sentido común y ha inspirado la idea corriente de la probabilidad[199].

Dos son los principales campos de aplicación de la concepción baconiana de la probabilidad. El primero, que no es directamente relevante para nuestro tema, está referido al tradicional y complicadísimo problema de la justificación de la inducción, es decir, de las condiciones en cuya presencia se puede sostener que una aserción de contenido general o cuasi-general de naturaleza no axiomática está fundamentada. En otros términos, se trata de explicar cómo puede fundamentarse una generalización sobre la inducción a partir del conocimiento de un cierto número de casos particulares[200].

El otro campo de aplicación, que sí es relevante en esta sede, está referido al problema de la fundamentación de hipótesis sobre eventos particulares y específicos con relación a los elementos de prueba disponibles en cada momento.

El problema de la justificación de la inducción ha sido considerado por gran diferencia más interesante desde el punto de vista filosófico y ha sido discutido ampliamente, y continúa siéndolo, de forma que esta versión de la concepción baconiana ha sido objeto de una amplia elaboración. Sin embargo, lo mismo no puede decirse del problema de la confirmación probatoria de hipótesis sobre hechos individuales, de modo que a este respecto el panorama resulta mucho menos rico; una

197. Sobre los orígenes de esta concepción, cf. Hacking, *op. cit.*, pp. 24 ss., 51 ss.; Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 4 ss. V. también Tillers, en Wigmore, *op. cit.*, I, pp. 1072 ss.

198. Cf., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 13 ss., 36 ss.; Id., *An Introduction*, cit., *loc. ult. cit.*

199. V. las indicaciones en las notas precedentes.

200. Cf., especialmente, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 121 ss.; Id., *An Introduction*, cit., pp. 145 ss.; Hacking, *op. cit.*, pp. 235 ss.; Dessì, *op. cit.*, pp. 59 ss.

de las razones de ello es que los juristas, de quienes podía esperarse que se ocuparan principalmente de este problema, se han contentado habitualmente con aproximaciones genéricas o remisiones al sentido común. No obstante, no faltan los intentos de elaborar teorías lógicas de la valoración de las pruebas que, aunque sin citar expresamente a Bacon, han seguido una línea análoga a la de éste, excluyendo el empleo de las nociones de probabilidad cuantitativa. Baste considerar al respecto la teoría de las pruebas elaborada por Jeremy Bentham o el método denominado del *chart* con el que Wigmore trató de dar forma racional a las distintas situaciones probatorias con relación al grado de confirmación a atribuir a la hipótesis sobre el hecho[201].

4.1. *La probabilidad baconiana*.–En la doctrina moderna el intento más relevante de considerar el problema de la prueba de los hechos desde la perspectiva de la probabilidad baconiana, es decir, en los términos del grado de confirmación que los elementos de prueba atribuyen a la hipótesis sobre el hecho[202], ha sido realizado por Jonathan Cohen. Este autor ha desarrollado una crítica muy aguda y profunda, la primera que ha sido formulada en términos elaborados y con gran conocimiento metodológico, de la doctrina bayesiana aplicada a la valoración de la prueba[203], iniciando así la crisis de la ortodoxia bayesiana ya mencionada anteriormente. Ese ataque crítico ha suscitado muchas reacciones y discusiones[204], aunque sólo sea porque en muchos aspectos es acertado, de forma que la *pars destruens* de la teoría de Cohen ha acabado siendo más conocida (o, al menos, citada) que la correspondiente *pars construens*. Ésta contiene, sin embargo, algunos conceptos que parecen fundamentales a los efectos de un correcto planteamiento del problema de la prueba en términos de probabilidad inductiva.

El primero de esos conceptos se refiere precisamente a la noción de probabilidad como graduación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a una hipótesis fáctica sobre la base de las pruebas dispo-

201. V. sobre el tema el amplio análisis de Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, 1985, pp. 19 ss., 52 ss., 109 ss., 125 ss., 173 ss.

202. Obsérvese, sin embargo, que una concepción en muchos sentidos análoga, basada principalmente en la teoría de la confirmación lógico-probabilística de las hipótesis y elaborada por Rudolf Carnap, ha sido a veces aplicada a la problemática de la prueba: v. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 231 s. Para una crítica al respecto, v., entre lo más reciente, Besso Marcheis, *op. cit.*, pp. 1134 ss.

203. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 49 ss.

204. Cf., por ejemplo, Allen, *op. cit.*, pp. 22, 23 ss. También se incluyen amplias discusiones de las tesis de Cohen en los artículos recogidos en el volumen *Probability and Inference in the Law of Evidence*, varias veces citado. V. también Eggleston, *op. cit.*, pp. 34 ss.

nibles, es decir, como graduación de la *provability* de esa hipótesis[205]. Esta noción tiene la ventaja, desde el punto de vista que aquí importa, de no apoyarse sobre las frecuencias generales de clases de eventos sino sobre los elementos de prueba en función de los cuales diversas inferencias se presentan como apropiadas según los tipos de elementos de prueba de que se disponga. Es, pues, la prueba la que constituye la base del razonamiento y determina el tipo de conclusión que se puede extraer válidamente[206].

Otro elemento interesante consiste en definir la probabilidad como grado de *inferential soundness*, es decir, en función del tipo de inferencia que se puede extraer a partir de los elementos disponibles con relación a la hipótesis que se trata de confirmar[207].

En general, son posibles distintos tipos de inferencia según la naturaleza de los elementos de prueba (y obviamente de la naturaleza de la hipótesis de la que se discute)[208], pero es importante vincular la confirmación de las hipótesis a la naturaleza de la inferencia de la que aquélla es la conclusión. Por otra parte, la naturaleza de la inferencia sitúa de nuevo el problema en los elementos de confirmación, de forma que la probabilidad de la hipótesis producto de la inferencia es también expresable en términos de *evidential weight*, es decir, precisamente, del grado de apoyo que los elementos de prueba ofrecen a la hipótesis sobre el hecho[209].

En un contexto de este género el problema fundamental de la prueba (también) judicial resulta ser, pues, el de la conexión lógica entre la prueba y la hipótesis sobre el hecho; esa conexión determina el grado de apoyo inferencial que corresponde a la hipótesis sobre la base de la prueba, siendo evidente que el incremento de ese grado (debido, por ejemplo, a la acumulación de más elementos de prueba convergentes hacia la misma conclusión)[210] implica un incremento de la probabilidad de la hipótesis. Una vez establecida la estructura inferencial del

205. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 13 ss.
206. El vínculo del concepto de probabilidad con la *evidence* disponible es un dato fundamental en las teorías *lógicas* (no así en las *frecuentistas* o cuantitativas) de la probabilidad: cf., ampliamente, Benenson, *op. cit.*, pp. 13 ss., 24 ss.
207. Cf. una vez más Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 14, 27 ss.
208. Cf. la tipología elaborada por Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 17 ss.
209. Cf. Cohen, *op. ult. cit.*, 213 ss. Para una definición general del *weight of evidence* como elemento que determina el grado de apoyo de una aserción cf. Schafer, *A Mathematical Analysis*, cit., p. 77 (también pp. 88 ss. y 97 para ulteriores desarrollos matemáticos de este concepto).
210. Para el análisis formal de la acumulación de *weights of evidence* cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 89 ss.

grado de apoyo de la hipótesis, se obtiene que los problemas planteados por situaciones probatorias complejas se resuelven articulando esa estructura y derivando de combinaciones articuladas de inferencias el grado «final» de probabilidad que los elementos de prueba atribuyen a las diversas hipótesis[211].

En cuanto a los criterios en función de los cuales pueden ser formuladas las inferencias sobre la prueba, Cohen subraya correctamente que —como ya se ha observado con anterioridad— habitualmente no se dispone en juicio de datos estadísticos relevantes para la determinación de la eficacia de la prueba, lo que excluye la posibilidad de utilizar el cálculo matemático de la probabilidad[212]. Cohen subraya que normalmente se utiliza un gran número de *common sense presumptions* y de generalizaciones extraídas de la experiencia común. Éstas ofrecen informaciones sobre lo que sucede normalmente o se espera que suceda y, por tanto, no tienen validez general y nada garantiza que valgan en el caso particular[213]. Se trata evidentemente de conocimientos no cuantificados y, por tanto, no sujetos a cálculos, que sin embargo funcionan como criterios de inferencia capaces de vincular los elementos de prueba con la hipótesis fáctica sometida a confirmación, atribuyendo a esta última un cierto grado de apoyo inductivo.

En el centro de esta teoría, y en un plano epistemológico más general respecto al que importa en el ámbito del proceso, se sitúa el concepto de probabilidad inductiva como grado de apoyo de una hipótesis fundada sobre pruebas relevantes concretamente disponibles[214].

En algún sentido, como es fácil de observar a partir de esta síntesis, la teoría de Cohen consiste en una reformulación de ideas que de una forma más o menos confusa pueden, sin embargo, considerarse bastante familiares para el jurista que se ocupa de los problemas de la prueba desde un plano teórico general. No obstante ello, la teoría de Cohen es importante por diversas razones que explican que se haga aquí una amplia y explícita referencia a la misma.

Una de estas razones es que algunas veces los juristas afirman que tratarán la problemática de la prueba según el método de la probabili-

211. Para consideraciones más detalladas y ulteriores referencias v., *infra*, capítulo IV, 4.
212. V., *supra*, apartado 3.3.
213. Cf. Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 247 ss., 275 s., e Id., *The Role of Evidentiary Weight*, cit., pp. 123 s.
214. V., ampliamente, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 121 ss., 199 ss., 217 ss. Sobre la noción de probabilidad inductiva v. también Benenson, *op. cit.*, pp. 25 s., 41 ss., 68 ss. Desde el punto de vista histórico, cf. Hacking, *op. cit.*, pp. 182 ss.; Dessl, *op. cit.*, pp. 59 ss., 145 ss.

dad lógica o inductiva, pero a menudo esta percepción no va más allá de la formulación de unas pocas y confusas ideas. En cambio, el discurso de Cohen parte de intuiciones muy próximas a las del jurista, pero las desarrolla y las racionaliza de forma clara y sistemática, sin alejarse del problema de la prueba judicial, sino precisamente concentrándose en él[215].

Otra razón de interés es que el análisis de Cohen no sólo pone en evidencia muchas de las incoherencias y de las dificultades de la teoría cuantitativa de la probabilidad aplicada a la prueba, sino que ofrece una demostración convincente de que esa teoría no es necesaria en absoluto para racionalizar en términos probabilísticos el problema de la valoración de las pruebas[216]. En cambio, puede alcanzarse una racionalización más satisfactoria en términos de probabilidad lógica[217].

Una tercera razón de interés es que Cohen no se limita a conjeturar la posibilidad de alguna teoría lógica de la probabilidad aplicable al problema de las pruebas judiciales, sino que elabora y desarrolla esa teoría a un nivel epistemológico general para después aplicarla al problema de la prueba. Las soluciones que son aportadas de esta forma tienen, pues, una base teórica y epistemológica que habitualmente no está presente en las diversas teorías «jurídicas» de la prueba y de su valoración[218].

Estas observaciones no demuestran, obviamente, que la teoría de Cohen sea la única posible o la única válida, ni que todo lo que ha escrito Cohen al respecto sea necesariamente correcto y tampoco que haya afrontado y resuelto adecuadamente todos los problemas de la teoría inductiva de la probabilidad y de la valoración judicial de las pruebas. Sí justifican, en cambio, la hipótesis de que esa teoría es muy útil y que puede ser asumida como punto de partida de, y como guía para, un análisis racional de los problemas principales que afectan a la determinación judicial de los hechos.

4.2. *Los «conjuntos vagos» y el razonamiento aproximado*.–Uno de los problemas que la teoría cuantitativa de la probabilidad intenta resolver —sin éxito, por las razones ya estudiadas— deriva del hecho de

215. V., en efecto, Id., *The Probable*, cit., pp. 245 ss. V. también Id., *The Role of Evidentiary Weight*, cit.; *Freedom of Proof*, en *Facts in Law*, ed. por W. Twining, ARSP, Beihaft n.° 16, Weisbaden, 1983, pp. 1 ss.; *The Logic of Proof*, en *Crim. L. Rev.*, 1980, pp. 91 ss.

216. V., en efecto, Id., *The Probable*, cit., pp. 56 ss., y *The Role of Evidentiary Weight*, cit., pp. 123 ss.

217. Cf. *The Probable*, cit., pp. 245 ss., 265 ss.

218. V. *op. ult. cit.*, pp. 121 ss., 282 ss., 310 ss.

que muy a menudo se utilizan, en el razonamiento probatorio y en el común, nociones vagas. La vaguedad del significado de los términos, y por tanto de las nociones, de los conceptos y de las calificaciones, no es, en efecto, una característica exclusiva de las normas jurídicas, aunque sea la vaguedad de las normas la que llame más la atención de los juristas y de los teóricos del derecho[219]. Ésta es, en cambio, y como es obvio, una característica muy difundida del lenguaje natural[220] y también del lenguaje «fáctico» que caracteriza de un modo especial el razonamiento probatorio. Calificaciones como «alto», «pesado», «veloz», «costoso», «viejo», «grande», «muchos», «habitualmente», «en la mayor parte de los casos», etc., son típicamente vagas porque expresan valoraciones o características significativas pero que carecen de determinación precisa[221]. Por otra parte, es obvio que calificaciones de este tipo figuran muy a menudo en la determinación de los hechos, ya sea porque son las propias normas las que ofrecen definiciones valorativas[222] o, simplemente, porque aquéllas representan una característica constante del lenguaje ordinario. El problema que se deriva de ello no es únicamente que esas calificaciones tienen habitualmente naturaleza valorativa y no rigurosamente fáctica, sino principalmente que introducen, precisamente en la medida en que son vagas, elementos de indeterminación e imprecisión en el discurso[223], de forma que resulta dudosa la posibilidad de construir un discurso racional respecto de, por ejemplo, la identificación del grado de aceptabilidad que las pruebas atribuyen a las hipótesis sobre el hecho. Baste observar, en efecto, que

219. V., *supra*, capítulo II, 2.2.

220. Sobre las definiciones generales de los conceptos de vaguedad extensional e intensional, cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 16 ss., 23 ss.; Fine, *Vagueness, Truth and Logic*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 265 ss.

221. Es aplicable aquí la definición de vaguedad como indeterminación de los confines del significado, sobre la que se puede ver Luzzati, *op. cit.*, pp. 47 ss.; Diciotti, *Vaguezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, en *Analisi e diritto*, 1992, pp. 97 ss.; Wright, *On the Coherence of Vague Predicates*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 330 ss. En general, sobre las nociones de vaguedad, de predicado vago, de variedad de los enunciados vagos, de lógica de los enunciados vagos, cf. Fine, *op. cit.*, pp. 267 ss., 183 ss.; Dummett, *Wang's Paradox*, en *Synthese*, 30, 1975, pp. 304 ss., 309 ss.; Wheeler, *Reference and Vagueness*, *ibid.*, pp. 368 ss. En especial sobre los conceptos de *penumbral connections* y de *penumbral truth*, típicos de las relaciones entre enunciados vagos, cf. Fine, *op. cit.*, p. 270.

222. Sobre las definiciones valorativas de los hechos, v., *supra*, capítulo II, 3.

223. Sobre la vaguedad como carencia de correlación entre el lenguaje y la experiencia y, por tanto, como característica del discurso y de su significado, v., en general, Luzzati, *op. cit.*, pp. 13 ss., 17 s. Al respecto, v. también Quine, *Word and Object*, cit., pp. 125 ss. [tr. cast., *Palabra y objeto*, pp. 137 ss.].

esas hipótesis, y las proposiciones que expresan los elementos de prueba, contienen normalmente términos vagos, de forma que permanece dudoso si entre ellos pueden instaurarse relaciones significativas y dotadas de un mínimo de controlabilidad racional.

Frente a los conceptos vagos y a las proposiciones que los contienen (y que, por tanto, resultan a su vez más vagas cuanto más emplean conceptos y calificaciones de ese tipo)[224], pueden adoptarse distintas actitudes y en consecuencia distintas soluciones posibles.

Una primera posibilidad[225] consiste en eliminar la vaguedad sustituyendo la calificación vaga por una determinación precisa o por una valoración adecuada para resolver el problema[226]. Si, por ejemplo, frente a la aserción «Ticio es alto» es posible medir la altura de Ticio, la vaguedad se elimina diciendo: «resulta que Ticio mide 1,80 m de altura». De esta forma, el hecho es determinado de una forma no vaga. Del mismo modo, la expresión vaga «el sol se había puesto hacía poco» puede ser sustituida por la expresión precisa «el sol se había puesto a las 18,45». También algunas cuantificaciones vagas pueden ser «precisadas» por datos estadísticos precisos: «la inflación en los años setenta era alta» equivale, en efecto, a un conjunto de datos determinables con exactitud. Cuando la valoración contenida en la determinación vaga no puede ser eliminada con una medida, el problema puede ser igualmente resuelto: si se trata de decir que se ha verificado un daño grave, es necesario por un lado cuantificar el daño (lo que equivale a dar una medida precisa del mismo) y, por el otro, la valoración de la «gravedad» debe ser formulada por separado de acuerdo con una determinada escala de valores[227]. En este caso la vaguedad es eliminada en lo que se refiere a la cantidad del daño y permanece, en cambio, respecto de su gravedad: sin embargo, sólo el primero afecta a la determinación del hecho, mientras que el segundo afecta a la valoración del hecho condicionante, es decir, a la aplicación de la norma que define valorativamente el propio presupuesto.

Cuando la vaguedad es sólo aparente o no afecta propiamente al hecho o, en todo caso, puede ser eliminada mediante medidas o deter-

224. Sobre los «grados de vaguedad» v. Luzzati, *op. cit.*, pp. 92 ss.; Wright, *op. cit.*, pp. 348 ss.

225. No se toman en consideración aquí todas las posibles actitudes frente a la vaguedad (sobre las que se puede ver Luzzati, *op. cit.*, pp. 83 ss.), sino únicamente aquellas que parecen útiles de alguna forma para eliminar o reducir la vaguedad de enunciados relativos a hechos a probar, a elementos de prueba o a reglas de inferencia.

226. Sobre esta posibilidad cf. Luzzati, *op. cit.*, p. 91; Fine, *op. cit.*, pp. 271 ss.; Wright, *op. cit.*, p. 335.

227. Al respecto, v., *supra*, capítulo II, apartado 3.

minaciones precisas, el problema es superado en la medida en que el hecho puede ser definido en términos no vagos, y lo mismo puede suceder para los elementos de prueba.

Sin embargo, la complicación se deriva del hecho de que no siempre, es más, raras veces, la vaguedad es resoluble de alguna forma. Sucede a menudo, en efecto, que la vaguedad resulta irresoluble porque no existen procedimientos adecuados para medir el hecho o simplemente porque no es posible medirlo en la situación concreta. Por ejemplo, un testigo puede decir que «Ticio es alto» o que «el automóvil se desplazaba muy rápidamente» sin que sea posible sustituir las calificaciones vagas por datos precisos.

El problema, entonces, es determinar si en esos casos es igualmente posible un procedimiento racional que vincule proposiciones que contienen elementos de vaguedad en la determinación de los hechos o si la presencia de estos elementos condena a la indeterminación y al subjetivismo cualquier razonamiento fundado sobre proposiciones que los contengan, dado que no pueden ser analizados en términos de la lógica de la verdad/falsedad ni en los de la probabilidad cuantitativa[228].

Un elemento importante en la línea de la primera alternativa está constituido por la teoría de los *fuzzy sets*. Esta teoría parte de un escrito de Lofti Zadeh de 1965[229] y ha conocido en pocos años una amplísima elaboración, especialmente en el ámbito de los denominados «sistemas expertos» en sectores que antes no eran susceptibles de tratamiento informatizado[230]. La lógica de los «conjuntos borrosos» tiene, en efecto, la gran ventaja, respecto a la de los «conjuntos precisos», de permitir ese tratamiento poniendo la base de cálculo y de programación en muchos sectores caracterizados por la *vaguedad irreductible* de los conceptos empleados[231].

228. V., en efecto, *supra*, apartado 3.4 respecto a la necesidad de que el cálculo de la probabilidad cuantitativa se funde sobre datos precisos.

229. Cf. *Fuzzy Sets*, en *Information and Control* 8, 1965, pp. 338 ss., e Id., *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 407 ss.

230. No es posible ofrecer aquí indicaciones bibliográficas adecuadas, y mucho menos completas, sobre una línea teórica que ha dado lugar a amplísimas aplicaciones en los campos más diversos: a título meramente indicativo cf. Negoita, *Expert System and Fuzzy System*, Menlo Park, Calif., 1985; Id., *Fuzzy System*, Turnbridge Wells, Engl., 1981; *Approximate Reasoning in Decision Analysis*, ed. por M. Gupta-E. Sánchez; Amsterdam, 1982; *Fuzzy reasoning and its applications*, ed. por E. Marudani-B. Gaines, London, 1981; *Advances in Fuzzy Set Theory and Applications*, ed. por M. Gupta-R. Ragade-R. Yager, Amsterdam, 1979; Kickert, *Fuzzy Theories on Decision Making*, Leiden, 1978.

231. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 47 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 254 ss. Sobre la irreducibilidad de la vaguedad cf. también Wright, *op. cit.*, p. 336.

La teoría de los conjuntos borrosos considera la vaguedad no como un inconveniente a eliminar sino como una característica ineliminable y pretende construir procedimientos racionales acerca de los conceptos vagos. Se trata, pues, de una teoría del *razonamiento inexacto* o *aproximado*, que encuentra su base en la posibilidad de formular inferencias entre proposiciones fundadas en nociones vagas o conceptos imprecisos[232].

En términos de teoría de los conjuntos esto implica un concepto de conjunto no exactamente determinado, en el sentido de que la pertenencia del individuo al conjunto no está exactamente determinada en términos absolutos positivos o negativos[233] sino que sólo es definible por grados; de ahí la definición de los *fuzzy sets* como funciones de grado de pertenencia y la posibilidad de construir cálculos referentes a las relaciones entre sistemas vagos[234].

Los desarrollos matemáticos e informáticos de la teoría de los *fuzzy sets* no pueden ser discutidos aquí, aunque sólo sea por su escasa relación con los problemas específicos de la prueba judicial y de la determinación del hecho. De esa teoría, no obstante, pueden extraerse algunas indicaciones de orden conceptual que parecen relevantes a los efectos del análisis de aquellos problemas.

La indicación fundamental consiste en la demostración de la posibilidad de construir procedimientos racionales que tengan por objeto conceptos vagos. En otras palabras, la vaguedad no es de por sí un factor de subjetivismo o de irracionalidad: simplemente, es una característica muy frecuente y a menudo irreducible del lenguaje, que requiere una lógica «especial» para ser formalizada pero que no excluye *a priori* toda posible racionalización. Como se ha mencionado, el razonamiento sobre nociones vagas es impreciso y aproximado, pero esto no implica en absoluto que se trate de algo irracional o irrazonable, ya que nociones vagas pueden dar lugar a funciones lógicamente determinadas[235]. Esto equivale, por otra parte —aunque sea a un nivel teórico

232. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 95 ss.; Underwood, *op. cit.*, pp. 16 ss.; Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit.

233. Sobre las relaciones lógicas entre vaguedad/no vaguedad/certeza/incertidumbre y su influencia sobre los problemas de la decisión, cf. el esquema de Kofi Fissi Dompere, *The Theory of Fuzzy Decisions*, en *Approximate Reasoning*, cit., pp. 365 ss.

234. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 50 ss., 77 ss.; Schum, *op. ult. cit.*, p. 255. Sobre el valor de verdad de los enunciados *fuzzy* como «grados de verdad» cf. Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit., pp. 407, 410 ss.; Carlstrom, *Truth and Entailment for a Vague Quantifier*, en *Synthese* 30, 1975, pp. 491 ss.

235. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 52 ss., 83 ss., 108 ss.; Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit., pp. 410 ss.; Carlstrom, *op. cit.*, pp. 461 ss.

muy distinto—, a un dato relevante del sentido común, que a menudo considera «fundados» (o «infundados») razonamientos que tienen por objeto nociones vagas. Es más, en algunos aspectos la teoría examinada es una teorización —con elevados niveles de formalización— de ese dato, importantísimo en todos los sectores en los que se usa el lenguaje ordinario para llevar a cabo razonamientos que se fundan en buena medida en nociones de sentido común.

Dentro de este planteamiento general, puede realizarse otra indicación más específica: el grado de pertenencia al conjunto vago, es decir, el significado de calificaciones vagas relativas a valores o a cantidades, no puede ser indicado con números sino con series de números que definen el conjunto[236]. En otras palabras, conceptos vagos como «alto», «pesado» o «precio bajo» no pueden ser indicados con una sola medida, pero pueden ser indicados con escalas de medida.

«Alto» puede, por tanto, corresponder a un valor indeterminado entre 1,70 y 2,00 m; «pesado» puede corresponder a un valor entre 1 y 10 kg «precio bajo» puede corresponder a un valor entre 100 y 1.000 euros y así sucesivamente. De este modo, la vaguedad de las calificaciones no es eliminada, pero tampoco persiste como factor capaz de impedir una argumentación racional. Aquélla es, en cambio, reducida y convertida en calculable: un valor incierto resulta menos incierto si se establecen los límites de la escala entre los que aquél se sitúa (y aun menos incierto si la escala está compuesta por valores discretos y determinados); esa escala funciona después como definición del conjunto vago[237] y sobre esa base se funda la posibilidad del cálculo informático.

Aparte de este último aspecto, que no puede ser discutido en este lugar, la técnica de reducción de la incertidumbre que se ha mencionado puede también ser útil en el ámbito del razonamiento probatorio. Por ejemplo, puede suceder que un testigo no esté en condiciones de establecer exactamente la altura de una persona, la velocidad de un automóvil o la entidad de una suma o varias sumas, y que, por tanto, las respectivas indicaciones sean vagas. De todos modos, una cosa es que éstas permanezcan absolutamente vagas y otra que sean precisadas y delimitadas en parte a través de la indicación de los límites de la escala de valores en la que se sitúa el dato «vago». Al menos, esta indicación sirve para establecer el orden de magnitud en el que ese dato se

236. Cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 74 ss. Zadeh, *Fuzzy Logic*, cit., pp. 411 ss.

237. El conjunto vago definido por la escala de valores corresponde al concepto vago: cf. Negoita, *op. cit.*, pp. 74 ss., 80 ss.

inserta según la opinión del testigo (o, más en general, de quien lo adopta) y con relación a la situación específica en la que el dato es usado. Un gran empresario puede considerar bajo un precio que un empleado del Estado (por ejemplo el juez) considera elevadísimo; la misma suma puede representar un precio bajo para una cosa y excesivo para otra. En casos de este tipo, de los que los ejemplos más o menos banales pueden multiplicarse sin ninguna dificultad, si la calificación permanece vaga porque no puede ser exactamente determinada, el elemento de prueba que la contiene permanece casi inutilizable, ya que sigue siendo indeterminado el significado de las proposiciones que lo expresan en términos vagos[238]. En cambio, la reducción de la vaguedad en el sentido que se ha indicado puede hacer utilizable el elemento de prueba incluso si la vaguedad no es eliminada completamente: si el testigo afirma que por un cierto bien ha sido pagada una suma no precisada pero «elevada», esta declaración tiene poco sentido en sí misma, pero adquiere significado si se define el *fuzzy set* que en ese contexto específico corresponde al concepto «suma elevada».

En resumen, la técnica de la reducción de la vaguedad consistente en delimitar los confines del conjunto vago no sirve únicamente para hacer «manejables» las nociones vagas en el plano informático. También es importante en la medida en que permite atribuir significado, y, por tanto, hacer racionalmente utilizables, a proposiciones que de otra forma no lo serían a causa de su excesiva indeterminación. Esa utilización permanece, obviamente, en los límites del razonamiento aproximado, pero éste resulta un procedimiento racionalmente controlable.

De esta forma se consigue una notable ampliación de las posibilidades de usar argumentos racionales más allá de los límites constituidos por la existencia de proposiciones dotadas de un significado exactamente determinado o determinable. Debe, por otra parte, subrayarse que se trata de una ampliación de las posibilidades, no de la solución general y absoluta de todos los problemas planteados por el empleo de conceptos vagos en el lenguaje ordinario y en todos los contextos —como el probatorio— en los que es usado.

Por un lado, en efecto, es necesario considerar que la definición del *fuzzy set*, es decir, la indicación de la escala en la que se sitúa el dato vago, puede no ser posible. En general, ésta es posible cuando se trata de definir el ámbito de valoraciones realizadas por un sujeto determinado, como en los ejemplos de declaraciones testificales utilizados más arriba. Pero puede ocurrir que el sujeto en cuestión no esté

238. Resultan, en efecto, vagas las proposiciones que contienen al menos un término vago: cf. Negoita, *ivi*, pp. 80 ss.

disponible para precisar la escala o el orden de magnitudes en el que se sitúa su valoración.

La definición del *fuzzy set* resulta difícil cuando el problema no es definir los contornos de una opinión subjetiva, sino precisar circunstancias, hechos o frecuencias. Por ejemplo: las máximas de experiencia de uso común en sede de valoración de las pruebas son «vagas» porque expresan generalizaciones de sentido común y no leyes científicas. Es difícil imaginar, sin embargo, una delimitación cuantitativa aceptable de nociones que tienden a reflejar genéricamente lo que el sentido común considera «normal» o se espera que suceda «en la mayor parte de los casos». Como se ha mencionado en otro lugar[239], a veces se adoptan cuantificaciones «porcentuales» de estas nociones, pero se trata de «modos de hablar» habitualmente inaceptables o tramposos, seguramente no idóneos para una reducción efectiva de la vaguedad de esas nociones. Es necesario, pues, tomar en cuenta el hecho de que existen nociones cuya vaguedad no es reducible y situaciones en las que ésta es teóricamente reducible pero, en la práctica, no lo es por las razones más diversas. Por otra parte, la teoría de los *fuzzy sets* resulta útil precisamente en la medida en que permite construir inferencias lógicamente controlables sobre la base de generalizaciones vagas[240].

Es necesario advertir que la reducción de la vaguedad consistente en definir una escala de valores o un orden de magnitudes es esencialmente convencional. Como ya se ha mencionado, a menudo se trata de establecer la escala sobre la que un objeto determinado sitúa su valoración: esto permite precisar el significado y el alcance de esa valoración, pero ésta permanece vinculada al contexto identificado por quien la formula. La utilización de la misma valoración por parte de otros sujetos (como, por ejemplo, la utilización de la declaración de un testigo por parte del juez) no disminuye la relatividad del contexto: éste puede ser utilizado, pero sobre la base de alguna convención según la cual para ciertos efectos es válida la determinación realizada por aquel sujeto. Es perfectamente posible utilizar la escala de valores definida por un testigo para aclarar y delimitar el sentido de su declaración, pero es evidente que esto sirve únicamente para esa específica finalidad (no, por ejemplo, para delimitar la vaguedad de calificaciones usadas por otros) y que esa escala de valores no es en absoluto «objetiva», no refleja «la realidad», y únicamente puede ser provisoriamente acep-

239. V., *supra*, apartado 3.3.

240. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, p. 257. Sobre la lógica de las inferencias fundadas sobre premisas vagas en cuanto «casi generales», v., ampliamente, Carlstrom, *op. cit.*, pp. 461 ss.

tada en la medida en que sea necesario tomar en cuenta el punto de vista de ese testigo.

La naturaleza convencional de estas determinaciones resulta aún más evidente cuando no están referidas a parámetros de valoración de un sujeto concreto sino a los de un grupo, de una comunidad o de un ámbito social. Por ejemplo, se podrá establecer que en un cierto momento y en un cierto lugar el precio adecuado de un bien se sitúa entre *X* e Y o bien que los intereses bancarios «normales» impuestos en determinadas situaciones se sitúan en una escala de valores dada, pero está claro que en casos como éstos se trata de identificar parámetros convencionales de valoración difundidos y compartidos en determinados ámbitos[241].

Por otra parte, el hecho de que se trate de determinaciones, de distintos modos, convencionales no implica en absoluto que éstas sean inutilizables a los efectos de reducir la vaguedad de conceptos, nociones o valoraciones. Al contrario, la teoría de los *fuzzy sets* sirve para entender que incluso sobre bases de este tipo puede fundarse un procedimiento racional.

Si bien esta teoría está fundada sobre premisas y metodologías completamente distintas, existe al menos un sentido en el que es complementaria y convergente respecto a la aplicación de concepciones no pascalianas de la probabilidad a problemas como los que afectan a la valoración de las pruebas y a la identificación del fundamento que éstas confieren a la hipótesis sobre el hecho. La convergencia afecta a la configuración de la posibilidad de esquemas y procedimientos racionales ulteriores respecto de los de la lógica proposicional de dos valores y de los de la probabilidad como frecuencia estadística. De ambas teorías emerge la idea de la posible racionalidad de los razonamientos fundados sobre las nociones de sentido común expresadas en el lenguaje ordinario[242], lo que implica la posible racionalidad del razonamiento probatorio tal como es, esto es, sin deformaciones formalistas. La complementariedad se refiere al hecho de que la teoría de los *fuzzy sets* puede ser considerada como una integración de la concepción de la probabilidad inductiva, en cuanto que configura los caracteres del razonamiento aproximado fundado sobre la inferencia entre nociones vagas[243] y delinea la posibilidad de usar racionalmente nociones y valoraciones que de otra forma (es decir, sin «reducción de la vaguedad») serían difícilmente significativas.

241. Sobre la noción de «vaguedad social típica» v. Luzzati, *op. cit.*, pp. 299 ss. Sobre la arbitrariedad en la fijación de los parámetros de referencia v., en especial, McCawley, *op. cit.*, p. 381; Fine, *op. cit.*, pp. 271 ss.; Wright, *op. cit.*, p. 335.

242. Cf. Schum, *op.* y *loc. cit.*; Negoita, *op. ult. cit.*, pp. 47 ss., 58 ss., 74 ss., 95 ss.

243. V., en efecto, la idea de *fuzzy probability* delineada por Schum, *op. ult. cit.*, p. 256.

4.3. *Probabilidad y confirmación de hipótesis*.—Parece, pues, evidente que la incapacidad del cálculo probabilístico para producir un esquema racional para la valoración de las pruebas no precluye en absoluto la posibilidad de racionalizar el juicio de hecho. Es más, esta posibilidad emerge con especial evidencia cuando se abandona la idea de la probabilidad como frecuencia estadística y se toma en consideración, en cambio, la idea de la probabilidad lógica como relación de confirmación entre una hipótesis y los elementos que fundamentan su aceptabilidad. En efecto, basta un análisis superficial de este concepto para darse cuenta de que permite formular modelos racionales para el juicio de hecho que se formula en el proceso. Si, para usar una buena definición, «probability judgments are always relative to evidence, and in fact merely indicate the degree of certainty a particular body of evidence gives to the hypothesis we are concerned with»[244], está claro que la idea general de la probabilidad lógica se corresponde adecuadamente con la estructura del problema que el juez resuelve formulando el juicio de hecho. Este problema puede ser esquematizado suponiendo que existen una o más hipótesis sobre los hechos de la causa y que el juez debe establecer, sobre la base de los elementos de prueba disponibles, si alguna hipótesis, y en su caso cuál, puede considerarse aceptable y, por tanto, constituir el fundamento de la decisión[245].

La constatación de la correspondencia sustancial entre el problema del juicio de hecho y la idea fundamental de la probabilidad como relación lógica entre una hipótesis y los elementos que la confirman es muy importante porque permite tomar la dirección correcta en el análisis del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas en el contexto del proceso. Sin embargo, esto es sólo el punto de partida, no la conclusión del análisis, ya que no basta evocar el concepto general de la probabilidad lógica para disponer inmediatamente de un esquema racional aplicable a aquel contexto.

Por un lado, en efecto, es necesario destacar que la probabilidad lógica o inductiva ha tenido distintas versiones y vicisitudes y no es, por tanto, un concepto simple y de «empleo inmediato». La elaboración del concepto de probabilidad inductiva como relación lógica entre la hipótesis y sus respectivos elementos de confirmación se remonta

244. Cf. Benenson, *op. cit.*, p. 13.

245. Al respecto, más ampliamente, v. el capítulo IV.

especialmente a Rudolf Carnap[246], pero la elaboración compleja y formal que desarrolló ha sufrido muchas críticas[247], de modo que no puede considerarse válida toda su teoría sino sólo la idea principal de la misma. Otras contribuciones, en cambio, han enriquecido la teoría de la probabilidad lógica, en particular por el lado del análisis de los elementos de confirmación de las hipótesis y de su relación de relevancia respecto de la propia hipótesis[248].

Por otro lado, es necesario constatar que las versiones formalizadas de la probabilidad lógica no son aplicables en el contexto del proceso. Esto depende del hecho de que el razonamiento del juez no está formalizado y, con toda probabilidad, no es siquiera formalizable en la medida en que emplea con profusión nociones y reglas de sentido común y está basado en gran parte en conceptos vagos. Como se acaba de mencionar más arriba[249], la teoría de los conjuntos vagos permite racionalizar el uso de estos conceptos e incluso su necesaria formalización para el cálculo informático. Sin embargo, tampoco este cálculo parece aplicable al razonamiento judicial, ya que en éste habitualmente no se dan las condiciones para ello, de forma que sigue siendo válida la idea fundamental del posible uso racional de los conceptos vagos, pero parecen inutilizables sus versiones formales. Por otra parte, parece evidente que precisamente en los márgenes de aproximación del razonamiento no formalizado se encuentra el espacio de las elecciones discrecionales llevadas a cabo por quien realiza el razonamiento.

En los últimos años estas problemáticas referentes a la estructura del razonamiento inductivo e inferencial se han entrecruzado en el plano de la elaboración teórica de los modelos racionales de razonamiento; y se ha entrecruzado también, al menos en algunos sectores avanzados de análisis, con un renovado interés hacia el análisis de las estructuras racionales de la determinación judicial de los hechos[250].

246. V., en especial, *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1951, pp. 23 ss.
247. La discusión sobre la teoría de Carnap ha sido muy amplia en distintos aspectos, pero, en especial, lo ha sido respecto del problema de la fundamentación de la inducción. Entre las muchas contribuciones al respecto, cf. Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 122, 125 ss.; Popper, *La lógica de la investigación científica*, tr. cast. a cargo de V. Sánchez de Zabala, Madrid, 1962, pp. 254, 344, 365 ss.; Benenson, *op. cit.*, pp. 68 ss.; Putnam, *Degree of Confirmation and Inductive Logic*, en *The Philosophy of R. Carnap*, ed. por Schilpp, La Salle, Ill., 1963, pp. 761 ss.; Kemeny, *Carnap's Theory of Probability and Induction*, *ivi*, pp. 711 ss.. Para ulteriores indicaciones, v., además, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 237 ss., y, entre lo más reciente, las consideraciones críticas de Besso Marcheis, *op. cit.*, pp. 1122 ss.
248. V., en especial, Benenson, *op. cit.*, 81 ss., 251 ss.
249. V., *supra*, apartado 4.2.
250. Son muestra de ello el volumen de Cohen *The Probable and the Provable*, citado

A partir de ahí ha surgido la tendencia a no insistir más de lo necesario en el uso de esta o aquella noción general de probabilidad y a concentrar, en cambio, la atención en los distintos tipos de situaciones inferenciales y sobre las inferencias que se realizan en el ámbito del esquema general constituido por la relación entre hipótesis y elementos de prueba. Se habla, pues, siempre menos de probabilidad, aunque se está siempre dentro de la idea general de la probabilidad como relación lógica, y se habla siempre en mayor medida de *evidence and inference* para designar específicamente cualquier tipo de problema consistente en delimitar la aceptabilidad de hipótesis sobre la base de los respectivos elementos de confirmación. Se puede sostener que *evidence and inference* es ya un sector autónomo de investigación metodológica y epistemológica, que tiene un desarrollo relevante en algunas direcciones, como la de la *intelligence analysis*[251].

Las investigaciones realizadas en este sector pretenden construir una teoría o, al menos, una metodología, de la formulación de hipótesis sobre hechos y de la valoración de su aceptabilidad relativa sobre la base de los elementos de confirmación disponibles[252]. Esta metodología es elaborada teniendo como punto de mira todas las situaciones posibles en las que puede surgir ese problema y, así, se entiende que aquélla tenga un radio muy extendido y se ocupe también de problemas que en el proceso no son particularmente relevantes o son resueltos sobre la base de peculiaridades jurídicas o específicas de la estructura de la situación procesal. Es, por ejemplo, el caso de la estructura de las hipótesis sobre el hecho, que en el proceso está determinada tanto por las normas aplicables[253] como por la propia dinámica de aquél, mientras que en otros contextos la hipótesis nace en función de los elementos de prueba y de las inferencias que se pueden extraer de ellos[254]. La metodología de la *evidence and inference* parece, pues, más amplia que el campo de problemas que afectan a la prueba en el proceso, al menos por la razón de que algunos de estos problemas tienen soluciones jurídicas y no epistemológicas. Sin embargo, no resulta infundada la idea de que ésta comprenda, como hipótesis más limitada y específica, también la situación referida a la determinación de los he-

en diversas ocasiones, y numerosos artículos, como los recogidos en *Probability and Inference in the Law of Evidence*, también citado en diversas ocasiones.
251. Cf., especialmente, Schum, *Evidence and Inference for the Intelligence Analysis*, 2 vols., Lanham-New York-London, 1987.
252. Cf., Schum, *op. ult. cit.*, vol. I, pp. 6 ss., 14 ss., 40 ss.
253. V., *supra*, capítulo II.
254. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, pp. 23 ss., 124 ss.

chos sobre la base de las pruebas. Por otra parte, es lícito sostener, y en el análisis restante se obtendrá alguna confirmación de ello[255], que una adecuada racionalización de esta situación puede alcanzarse con los métodos elaborados en el ámbito de las investigaciones sobre *evidence and inference* (más bien que con la evocación de ideas de probabilidad más o menos abstractas), aunque queda claro que estas investigaciones parten del concepto fundamental de la probabilidad como relación lógica entre hipótesis y elementos de confirmación.

255. V. el capítulo V.

Capítulo IV

HIPÓTESIS, PRUEBAS, SELECCIONES

1. *La incertidumbre y las hipótesis sobre el hecho*.–De las consideraciones realizadas en las páginas precedentes puede derivarse que el problema de la determinación judicial de los hechos no se plantea propiamente en términos de determinación de la verdad absoluta o de la certidumbre indudable acerca de los hechos y tampoco en términos de verosimilitud.

El problema consiste, más bien, en la individualización de las condiciones y de las modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos para la que existen elementos de credibilidad, pero que no puede ser calificada como verdadera y cierta de forma indiscutible. En otros términos, se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente *inciertos*, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los

hechos de la causa[1]. O, todavía en otros términos, se trata de establecer cómo puede realizarse racionalmente una selección entre hipótesis distintas acerca de esos hechos en la situación problemática pero normal en que cada una de esas hipótesis tiene un cierto grado de aceptabilidad pero ninguna es cierta o absolutamente verdadera.

En los últimos veinte años los análisis epistemológicos y metodológicos han puesto en evidencia que la lógica de valores absolutos verdadero/falso es sólo utilizable con propiedad en sectores limitados y bajo condiciones específicas; en cambio, amplios sectores del conocimiento se manejan con nociones *inciertas*, pero no por ello falsas o inutilizables. Así, se han dedicado diversos estudios precisamente al análisis del conocimiento incierto y de sus condiciones de racionalidad, utilizando modelos y técnicas de investigación algunas veces muy sofisticadas y, en todo caso, empleando conceptos distintos de los que son propios de la lógica binaria elemental y del razonamiento formalizado[2].

De alguna forma, esta línea ha penetrado también en el ámbito de los estudios dedicados a la lógica de las pruebas y del juicio de hecho, en particular en la cultura de lengua inglesa por efecto del influjo de los grandes ejemplos que constituyen Bentham y Wigmore[3]. Como se verá, no se puede decir que a partir de ahí se hayan obtenido solucio-

1. Para un análisis del problema de los conocimientos inciertos cf. Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 326 ss. Sobre el problema de la incertidumbre de la determinación de los hechos cf. Tillers y Green, *Preface*, en *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism*, P. Tillers y E. D. Green (eds.), Dordrecht-Boston-London, 1988, p. IX; Klami, Sorvettula y Hatakka, *Truth and Law: Is, Ought and Reasoning*, en *ARSP* LXXV, 1989, pp. 429 ss.

2. Cf., en particular, Niiniluoto, *Truthlikeness*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, pp. 156 ss., y especialmente p. 159 para el análisis de la diferencia entre incertidumbre y error, así como para la concepción de la medida de la incertidumbre sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Entre los ejemplos más relevantes de análisis realizados desde esa perspectiva cf. Schafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton-London, 1976; Benenson, *Probability, Objectivity and Evidence*, London-Boston-Melbourne-Henley, 1984, además de los artículos recogidos en el volumen *Probability and Inference in the Law of Evidence*, citado en la nota precedente (esos artículos son contribuciones a un seminario sobre el tema; una versión más completa de las respectivas actas puede encontrarse en *Boston Un. L. Rev.* 66, 1986, notas 3 y 4, pp. 377 ss.). Cf., además, L. J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977; N. B. Cohen, *Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in A World of Imperfect Knowledge*, en *New York Un. L. Rev.* 60, 1985, pp. 385 ss., y el panorama ofrecido por Allen, *A Reconceptualization of Civil Trials*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 21 ss.

3. Para un interesante análisis metodológico de la teoría de las pruebas en los dos autores v. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, 1985, especialmente pp. 167 s. acerca de su influencia posterior y su importancia actual.

nes definitivas, pero seguramente el análisis de los problemas es hoy más rico e interesante.

Antes de continuar, no obstante, vale la pena fijar con la adecuada precisión una serie de puntos indispensables.

Ante todo, es necesario recordar que el problema fundamental no es la fundamentación de juicios absolutos de verdad o falsedad acerca de nada, sino racionalizar la incertidumbre, es decir, establecer las condiciones de aceptabilidad de proposiciones descriptivas dotadas de «un cierto grado» de fundamentación. En términos del «vocabulario de la verdad», se podría hablar de verdades relativas dotadas de distintos grados de aproximación a la hipótesis que representa la correspondencia perfecta con la realidad, pero este vocabulario es a menudo abandonado por ser demasiado genérico y engañoso. Con el objeto de poner en evidencia el carácter específico del problema, se prefiere hablar en términos más objetivos del «grado de apoyo», de «confirmación» o de «garantía» y, en términos más subjetivos, de «grado de creencia» y de «convencimiento»[4]. Las definiciones adoptadas por los distintos autores no son siempre coincidentes y, a menudo, son muy distintas porque son elaboradas sobre la base de asunciones metodológicas y epistemológicas diversas. Sin embargo, convergen en la formulación general del problema y en la forma de configurar sus posibles soluciones. Se trata, esencialmente, de conjeturar una descripción de un hecho y ofrecer elementos de apoyo para esa descripción. Obviamente, no se sabe *a priori* si la descripción es verdadera o falsa y se asume que los elementos de apoyo tampoco permiten en absoluto establecerlo, pero le atribuyen —precisamente— un cierto grado de fundamentación. El problema es establecer en qué casos esto se produce, en función de qué criterios se puede determinar el grado de fundamentación y en qué casos ese grado permite considerar aceptable la proposición asumida como hipótesis[5].

Se intuye fácilmente que éste es el problema, formulado en términos generales, de la determinación de los hechos en el proceso. En

4. Cf., por ejemplo, Goldman, *op. cit.*, pp. 81 ss., 324 ss.; L. J. Cohen, *op. cit.*, pp. 13 ss., 27 ss., 36 ss., 121 ss., 188 ss.; Id., *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, 1989, pp. 4 ss., 59 ss., 74 ss., 122 ss., 145 ss.; Schafer, *op. cit.*, pp. 3 ss., 16 ss., 144 ss., 184 s.; Benenson, *op. cit.*, pp. 45, 60 ss., 71 ss.

5. La racionalización del esquema hipótesis/confirmación se remonta esencialmente a Carnap (cf., en particular, *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1951, pp. 23 ss.), pero posteriormente ha sido discutida y reformulada por diversos autores (v., *supra*, capítulo III, nota 247 e *ivi* en el texto). A pesar de las críticas que, por muy distintas razones, ha recibido, ese esquema conceptual sigue estando, en su idea fundamental, en la base de todas las interpretaciones probabilísticas del problema de las pruebas (que serán discutidas en adelante).

efecto, también en el proceso se está ante *a*) (una o más) hipótesis referidas a la existencia de los hechos principales de la causa, es decir, proposiciones descriptivas de esos hechos; *b*) elementos de prueba que operan en el sentido de dar apoyo (o quitárselo) a esas hipótesis, sin que, a pesar de ello, ninguna de ellas pueda considerarse absolutamente «cierta»; *c*) la necesidad de determinar el grado de aceptabilidad de las distintas hipótesis a los efectos de establecer cuál de ellas puede ponerse en la base de la decisión[6].

Esta coincidencia entre el problema procesal y el problema más general de racionalizar el uso de los conocimientos inciertos ha sido puesta de manifiesto en muchas ocasiones y ha permitido utilizar ejemplos de naturaleza judicial en el ámbito de la epistemología[7]; sin embargo, esa coincidencia es aquí relevante por la razón inversa, es decir, porque —induciendo a configurar el problema del juicio de hecho en el proceso como caso específico de un problema más general— permite tomar en consideración elaboraciones más generales, al menos, a los efectos de verificar si son utilizables en la teoría de la prueba judicial.

En esta dirección, es necesario en todo caso evitar simplificaciones peligrosas. Dos de ellas están especialmente difundidas y, precisamente por ello, vale la pena señalarlas.

La primera simplificación consiste en aplicar al problema procesal nociones toscas e ingenuas de probabilidad como panacea para el hecho de que en el proceso se excluyen las certidumbres absolutas[8]. Esto es, se dice que lo que no es verdadero ni falso no puede ser más que probable y, algunas veces, se añade que, si la falsedad está en el 0 y la verdad en el 1, entonces el valor del juicio sobre el hecho se sitúa en

6. V., más ampliamente, Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 231 ss. y, entre lo más reciente, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, [2]1990, pp. 126 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 147 ss.].

7. Cf., por ejemplo, Schafer, *op. cit.*, pp. 28, 80, 84, 116, 176, 180, 275. Esta línea está, de todos modos, muy difundida: cf. Finkelstein, *Quantitative Methods in Law. Studies in the Application of Mathematics Probability and Statistics to Legal Problems*, New York, 1978, pp. 2 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., p. 44.

8. Un ejemplo en este sentido es Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli, 1972, pp. 615 ss. (al respecto, v., por otra parte, *supra*, capítulo III, 2), pero se trata de una aproximación bastante difundida, cuya característica principal consiste en el empleo de una noción tosca y genérica de probabilidad como sinónimo de incertidumbre, sin tener en cuenta el hecho de que la noción de probabilidad tiene profundas y complejas implicaciones lógicas y epistemológicas. No es necesario ofrecer aquí ulteriores indicaciones sobre esta aproximación, que es notoria desde hace tiempo: para otras consideraciones v., en cualquier caso, Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, en *Foro it.*, 1974, V., pp. 83 ss.

algún punto entre 0 y 1. Se mantiene habitualmente incierto, sin embargo, qué debe entenderse por «probable» y *dónde* se sitúa, entre 0 y 1, el grado de aceptabilidad del juicio sobre el hecho, de forma que el recurso a la probabilidad sigue siendo genérico y se reduce a una forma, que se considera un poco menos banal, de decir que el proceso no produce certidumbres acerca de los hechos. De este modo, se hace un mal uso de un concepto que, en cambio, puede resultar útil, pero que —como ya se ha visto[9]— es extremadamente problemático y crea, cuando se aplica a la determinación judicial de los hechos, dificultades de notable importancia.

La otra simplificación que debe evitarse consiste en presuponer que el problema del juicio sobre el hecho se agota en la formulación de una hipótesis y en comprobar en qué grado las pruebas disponibles la hacen aceptable. Al respecto, debe observarse que el esquema simplificado que se ha mencionado (consistente en establecer si los elementos de prueba confirman, y en qué medida, las hipótesis sobre el hecho) sirve sólo como una aproximación, pero no define de forma completa las situaciones en que surge el problema del juicio de hecho.

En cambio, un paso necesario para llevar el análisis más allá de las premisas iniciales hasta aquí delineadas es, precisamente, la individualización de los tipos principales de situaciones en las que se plantea el problema. Con la advertencia de que se trata aún de una simplificación[10], este paso puede ser suficientemente delineado aquí como para poner en evidencia algunos aspectos relevantes para la investigación posterior.

1.1. *La hipótesis simple*.–Se está ante la situación más simple cuando, supuesto que *X* es el hecho jurídicamente relevante, hay una única hipótesis acerca de él (hay una sola descripción de *X*) y, por tanto, se trata sólo de establecer si esa hipótesis está o no justificada y en qué grado puede considerarse aceptable. Piénsese, por ejemplo, en la alegación del hecho constitutivo por parte del actor con un demandado contumaz, donde el único problema es averiguar si el actor aporta

9. V., en particular, *supra*, capítulo III, 3 y 4.

10. Un aspecto relevante de esta simplificación consiste en adoptar una idea unitaria y constante del «hecho», mientras que ya se ha visto en su momento que la tipología de los hechos es compleja y problemática (*supra*, capítulo II). Otro aspecto relevante de la simplificación consiste en conjeturar que, en general, se trata de probar *un* hecho *simple*. Es obvio, en cambio, que a menudo hay que probar *más* hechos, o bien hechos *complejos*, porque son definidos sobre la base de numerosas circunstancias. Los problemas inherentes a la situación en la que surgen hechos complejos serán, en todo caso, tomados en consideración de forma específica (v., *infra*, apartado 3.1).

pruebas suficientes para que pueda considerarse aceptable *su* afirmación acerca de la existencia del hecho.

En una situación de este tipo, la primera hipótesis que se puede dar es que el actor no aporte pruebas o que éstas no produzcan resultados utilizables (el testigo no recuerda los hechos, etc.). En términos de la probabilidad cuantitativa, el valor de confirmación de la hipótesis en este caso es = 0. El significado de esto debe ser, sin embargo, aclarado: algunos sostienen que en este caso 0 significa la negación de la hipótesis, es decir, la asunción de su falsedad. En resumen, si no existen elementos de prueba que confirmen la verdad de la descripción del hecho, se derivaría su falsedad[11]. Esta conclusión es correcta en los términos de una lógica rigurosamente binaria, en la que aquello que no es verdadero es falso, pero no se adapta a la situación que aquí se discute, que es apreciable en términos de grados de incertidumbre más que sobre la base de la rígida alternativa entre verdadero y falso.

En efecto, si no hay pruebas que confirmen la hipótesis sobre el hecho X, ésta no puede considerarse verdadera o, en algún grado, aceptable, pero tampoco puede considerarse definitivamente falsa. No tener razones para decir que la hipótesis es «verdadera» no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es «falsa»: la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación de *permanente y* (en ese estado de cosas) *irresoluble incertidumbre* acerca de la existencia de *X*: no se está en condiciones de establecer que *X* es verdadero, pero ésta es una situación contingente relativa al estado de las pruebas referidas a la hipótesis sobre el hecho *X* en el caso concreto[12]. En esta situación, no hay elementos de confirmación de *ninguna* hipótesis sobre *X*: ni de la que lo afirma ni de la que lo niega. En el fondo, puedo no tener elementos de prueba para creer que *X* es verdadero, pero esto puede depender simplemente de que mis informaciones son inadecuadas; decir, sobre ésta única base, que *X* es falso sería una derivación infundada: en efecto, ulteriores informaciones podrían confirmar la hipótesis de la falsedad

11. Ésta es una de las características típicas de la doctrina bayesiana de la probabilidad, que ha sido discutida, *supra*, en el capítulo III, 3.1 y 3.3. Al respecto, cf. Cohen, *The probable*, cit., pp. 33 ss.; Id., *An Introduction*, cit., pp. 74 ss.

12. La valoración del grado de probabilidad de una hipótesis es *siempre* contingente en la medida en que es siempre relativa a los elementos de prueba disponibles en el momento en el que la valoración se realiza: cf., en particular, Benenson, *op. cit.*, pp. 4, 13 ss.

de *X*, pero también confirmar la hipótesis de su verdad. La falta de elementos de apoyo para una hipótesis produce, por tanto, incertidumbre acerca de ella, no la confirmación de la hipótesis contraria[13]. La lógica de la hipótesis y de la confirmación sobre la base de las pruebas se revela, pues, notablemente distinta de la lógica proposicional con dos valores (verdad/falsedad) y también de aquella para la que el valor 0 de la probabilidad equivale a la certidumbre negativa. Por otra parte, estas observaciones confirman que la lógica proposicional y la de la probabilidad cuantitativa de los valores intermedios entre 0 y 1 no representan adecuadamente la situación cognoscitiva en la que uno se encuentra cuando, dada una hipótesis, faltan elementos de prueba para confirmarla en una específica situación. Quizás la situación podría cambiar si se conjeturase que nunca, en ninguna situación posible, la hipótesis en cuestión podría encontrar elemento de confirmación alguno, pero esta abstracción (admitido que tenga sentido) no es relevante aquí porque no se corresponde con ninguna situación procesal.

Una cuestión muy distinta, de carácter jurídico y epistemológico, es la referida a la forma en que la ley procesal regula las modalidades de decisión en el caso en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre el hecho. En rigor, la situación de incertidumbre debería llevar a una decisión de *non liquet*, pero son conocidas las razones por las que los ordenamientos modernos tienden a excluir esta posibilidad. Entran entonces en juego las reglas de la carga de la prueba, que permiten en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre sobre el hecho, subjetivizando las consecuencias de esa incertidumbre. Esas reglas están, por otra parte, en consonancia con la lógica de la hipótesis y de la confirmación (y no con la lógica que sostiene que lo que no se demuestra verdadero es falso): en efecto, el actor

13. Esta situación corresponde a la primera de las cuatro hipótesis que, en una *fuzzy logic* con cuatro valores, es identificada por McCawley, *Everything that Linguists Have Always Wanted to Know about Logic, but Were Ashamed to Ask*, Oxford, 1981, p. 360.

La distinción entre falsedad de la hipótesis y la «situación de ignorancia» respecto de ella, que se produce cuando faltan elementos de confirmación, es formulada claramente por Schafer, *op. cit.*, pp. 22 ss., quien señala como un defecto de la teoría bayesiana su incapacidad de introducir esta distinción cuando la probabilidad es = 0. En el mismo sentido, v. también Cohen, *The Probable*, cit., pp. 270 ss.; Allen, *A Reconceptualization*, cit., pp. 24, 37 s.; Schum, *Probability and the Process of Discovery, Proof and Choice*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 235 s., 246. Esta distinción es conocida por los juristas, que suelen distinguir el caso en el que no se alcanza la prueba de un hecho del caso en el que se alcanza la prueba de su inexistencia. Una teoría que no tome en cuenta esta distinción, como la bayesiana, difícilmente puede presentarse como una buena teoría de la determinación judicial de los hechos.

que no prueba el hecho constitutivo pierde, pero nadie piensa que haya sido probada *la falsedad* de la hipótesis sobre el hecho formulada en sus alegaciones. Simplemente, y realistamente, la ley impone al juez que tome en cuenta la permanencia de la incertidumbre sobre el hecho constitutivo y extraiga las consecuencias que la propia ley considera —por razones *jurídicas*, no lógicas— más oportunas sobre la base de la dimensión subjetiva de la controversia.

La segunda posibilidad que puede producirse en el ámbito de la situación que aquí se está analizando es aquella en que hay elementos de prueba que confirman la hipótesis sobre el hecho *X*. Se excluye, pues, la condición = 0, así como también sigue estando excluida la condición = 1, es decir, la certidumbre absoluta de la hipótesis sobre el hecho.

También esta posibilidad merece alguna aclaración. El *grado* de confirmación de la hipótesis se establece en sede de valoración de las pruebas y es un problema que se discutirá más adelante, así como también la cuestión de qué grado de confirmación es necesario y suficiente para decidir sobre el hecho[14].

Se puede realizar aquí alguna observación sobre la representación de esta situación. En términos de la teoría tradicional de la probabilidad cuantitativa se dice que ésta corresponde a algún valor intermedio entre 0 y 1[15]. En el 0,50 se tendría, pues, una posición de equilibrio entre la verdad y la falsedad de la hipótesis sobre *X*, mientras que entre 0 y 0,50 sería más probable la falsedad y entre 0,50 y 1 resultaría más probable la verdad de la hipótesis sobre *X*. Sin embargo, ésta es una forma impropia, aunque muy difundida, de representar la situación examinada que puede producir además serios inconvenientes.

Por un lado, la idea de que la inversa de la probabilidad positiva (de la verdad de la hipótesis) sea automáticamente una probabilidad negativa (de la falsedad de la hipótesis) no es otra cosa que una aplicación adaptada, en términos de probabilidad, de la idea de que todo aquello que no es verdadero es falso: se dice que la diferencia entre probabilidad y verdad cierta es la probabilidad de la falsedad de la hipótesis. Pero esta aplicación de la idea base está expuesta a las mismas objeciones que valen contra esta última: si, por ejemplo, las pruebas

14. V., *infra*, los apartados 4.1 y 4.2. Esta situación se corresponde con el segundo caso individualizado por McCawley, *op. cit.*, *loc. cit.*, es decir, aquel en el que se conoce algo sobre X pero nada se conoce sobre no-X.

15. V., por todos, Schafer, *op. cit.*, pp. 12 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 33 ss.; Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, en *Ind. L. J.* 57, 1982, p. 19.

que tengo a disposición califican la hipótesis con un grado de confirmación de 0,80, esto no significa en absoluto que ésta sea falsa con un grado de confirmación del 20% o que tenga el 20% de probabilidades de ser falsa, sino sólo que hay elementos de prueba consistentes a favor de esa hipótesis, de forma que puede considerarse adecuadamente confirmada[16]. A la inversa, si las pruebas ofrecen un grado de confirmación igual a 0,20, esto no significa en absoluto que la hipótesis sobre el hecho tenga un 80% de probabilidades de ser falsa, sino únicamente que aquélla tiene pocos elementos de confirmación, de forma que será razonable no considerarla como una representación aceptable del hecho, pero tampoco es razonable considerarla como una descripción falsa.

Por otro lado, no hay nada que imponga la representación de los grados de apoyo de las hipótesis en datos numéricos entre 0 y 1 (con la exclusión de 0 y 1). Esto puede ser algunas veces una forma sintética de representar las cosas, pero puede también ser engañoso cuando, por ejemplo, se piensa que sólo está admitida la utilización de fracciones numéricas. En realidad, hay otras representaciones posibles: por ejemplo, se puede imaginar que la verdad absoluta sea = ∞, en lugar de = 1, y por tanto representar los grados de apoyo de las hipótesis con medidas cuantitativas representadas por números enteros situados en la escala 0 → ∞. Es más, con toda probabilidad esta representación no sólo tiene menos implicaciones erróneas en la situación simple que se ha examinado hasta aquí, sino que puede ser más oportuna especialmente en las situaciones más complejas que serán examinadas en adelante[17].

En realidad, la adopción de la escala 0 → 1 no es necesaria y, además, no es siquiera epistemológicamente neutral: deriva de la adopción de una determinada teoría de la probabilidad y tiene sentido únicamente en el contexto de esa teoría. Sin embargo, se trata de una teoría muy discutible, como se verá, al menos en su aplicación a los problemas que aquí interesan. Se impone, pues, toda cautela en su utilización a partir de ahora.

1.2. *Las hipótesis contrarias*.–Estamos ante la segunda situación cuando la hipótesis afirmativa acerca de la existencia del hecho *X* está en contraste con una hipótesis contraria: esto es, se trata de hipótesis

16. La distancia entre el grado de confirmación y la certidumbre no es calificable como confirmación negativa (es decir, como confirmación de la falsedad de la hipótesis) sino como *grado de incertidumbre* de la propia hipótesis: cf. Schafer, *op. cit.*, pp. 42 ss., también para la formalización de esta situación.

17. V., *infra*, apartado 3.

que se refieren al mismo hecho, pero una afirma su existencia mientras que la otra la niega. Ésta es, por ejemplo, la situación en la que el demandado se defiende afirmando que el hecho constitutivo alegado por el actor no ha ocurrido. Una variante de esta posibilidad se da cuando, frente a la afirmación de que el hecho *X* se ha producido con las modalidades *A*, *B* y *C*, se tiene la afirmación de que el mismo hecho *X* se ha producido, en cambio, con las modalidades *D*, *E* y *F*, distintas de *A*, *B* y *C* (por ejemplo, el mismo contrato ha sido estipulado, pero con una fecha distinta; el accidente se ha producido, pero conducía Cayo y no Ticio). En efecto, afirmar que el hecho se ha producido con distintas modalidades (obviamente, aptas para modificar la relevancia jurídica del hecho) es una forma de negar la verdad de la primera hipótesis y es, especialmente, en ese sentido en el que aquí se toma en consideración esta posibilidad.

Frente a dos hipótesis sobre el hecho, una afirmativa y una negativa, se plantea ante todo el problema de representar las respectivas situaciones probatorias, obviamente en el supuesto de que ambas dispongan de elementos de apoyo (es evidente que si una de las dos hipótesis carece absolutamente de apoyo se vuelve a la situación ya examinada en el apartado 1.1). Una forma muy difundida de resolver este problema consiste en decir que la suma de los elementos de confirmación de ambas hipótesis, consideradas conjuntamente, debe equipararse a 1, de modo que el valor de cada una de ellas se pueda configurar tendencialmente como complementario respecto al de la otra. Así, por ejemplo, si la hipótesis positiva tiene un grado de apoyo igual a 0,70, la hipótesis negativa deberá tener un grado de apoyo de 0,30, o viceversa[18].

Este tipo de representación de la situación examinada deriva de la adopción del modelo de la probabilidad cuantitativa, pero es inadecuado, por distintas razones, para dar cuenta de las características peculiares de la situación.

Ante todo, como se ha dicho anteriormente, no existe necesidad lógica alguna de representar los valores de confirmación de las hipótesis en una escala 0→1, dado que otras representaciones funcionan mejor.

Además, esta representación parece forzada en el caso de las dos hipótesis contrapuestas porque no hay necesidad lógica alguna por la que el grado de confirmación de una de ellas deba ser inversamente proporcional al de la otra. Esto implica, en efecto, que se presuponga

18. Se trata del principio de *completud* de la probabilidad matemática, examinado y discutido especialmente por Cohen, *The Probable*, cit., pp. 33 ss., y *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, en *Probability and Inference*, cit., p. 117.

una relación causal o lógica entre los grados de confirmación de las dos hipótesis, mientras que éstos dependen únicamente de los elementos de prueba que se produzcan a favor de una y de otra, por lo que son causal y lógicamente *independientes*. Como ya se ha dicho anteriormente, la falta de confirmación de la hipótesis positiva no implica su falsedad y el grado de confirmación de la hipótesis no se da por diferencia respecto de la probabilidad de que aquélla sea falsa; lo mismo vale, con los signos cambiados, para las hipótesis negativas.

Es necesario, por otra parte, tomar en cuenta que incluso en el supuesto de afirmación/negación de *X*, el campo teórico de las hipótesis posibles no se reduce a dos (sí/no), sino que pueden comprenderse situaciones distintas porque puede haber diversos modos de negar *X*. En efecto, si se niega *X* negando una o más de sus características jurídicamente relevantes, se pueden presentar diversas posibilidades: si *X* se define mediante *A*, *B* y *C*, se dispone, al menos, de cuatro posibilidades: negar *X* o negar *A*, *B* o *C* (o cualquiera de sus combinaciones). Desde el punto de vista de la relevancia jurídica, estas posibilidades son equivalentes entre sí o, al menos, son todas ellas alternativas respecto de la hipótesis que afirma *X* como definido por *A*, *B* y *C*. Pero en esta reconstrucción resulta probablemente imposible construir valores de confirmación recíprocamente condicionados, de forma que la suma de los mismos sea igual a 1[19] y, en cualquier caso, no se entiende por qué debería realizarse esa operación[20].

En realidad, la lógica de las hipótesis y de su confirmación sobre la base de los elementos de prueba requiere la adopción de esquemas distintos. Toda hipótesis debe ser considerada autónomamente, al menos inicialmente y a los efectos de individualizar exactamente el campo de sus posibilidades[21]; cada hipótesis concreta presente en un

19. Se trata, en efecto, de una de las principales dificultades de la teoría bayesiana. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., p. 270.

20. Ésta resulta inevitable en los sistemas en que rige el principio de complementariedad entre afirmaciones y negaciones, pero este principio no es absoluto (cf. Schafer, *op. cit.*, p. 35) y, en particular, no es válido en el ámbito de la probabilidad inductiva (v. Cohen, *op. ult. cit.*, p. 221). Además, puede suceder que ése sea un mal criterio de decisión: cf. Allen, *op. cit.*, p. 24.

En lugar de la escala entre 0 y 1, parece más útil la ya citada cuatripartición propuesta por McCawley (*op. cit.*, *loc. cit.*), fundada en los conocimientos disponibles acerca de la afirmación y la negación de un hecho, y en la que es posible: 1) no saber nada acerca de *X* ni de no-*X*; 2) tener algún conocimiento acerca de *X* y no saber nada acerca de no-*X*; 3) tener algún conocimiento acerca de no-*X* y no saber nada acerca de *X*; 4) tener algún conocimiento acerca de *X* y de no-*X*.

21. En efecto, toda hipótesis, ya sea en el caso simple de afirmaciones/negaciones de *X*, ya sea en el caso más complejo en el que hay distintas versiones de *X* cada una de las

determinado contexto está afectada únicamente por todos los elementos de prueba que se refieren específicamente a *esa* hipótesis; cada hipótesis adquiere así su propio grado de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles; sobre esa base, posteriormente, podrá realizarse la selección de la hipótesis que resulte más aceptable en la medida en que esté dotada de un grado de confirmación o apoyo más elevado respecto a las otras.

Podrá, pues, suceder, razonando sobre la base de la escala 0 → 1, que todas las hipótesis adquieran un grado de confirmación bajo: supongamos 0,30 para la hipótesis positiva y 0,20 para la negativa. Esta situación equivaldría a 0,60/0,40 si la suma debiera ser igual a 1, pero está claro que 0,60 sugiere la idea de una hipótesis con un buen grado de confirmación, mientras que 0,30 refleja la realidad, es decir, un grado de confirmación bajo. La situación 0,30/0,20 crea problemas en el esquema 0 → 1 porque los dos valores no son complementarios; sin embargo, da cuenta de la situación, que perfectamente puede producirse en el proceso, en la que tanto el actor como el demandado han producido pocos elementos de prueba para fundar sus respectivas alegaciones. Adviértase que esta situación no crea especiales problemas de decisión en el proceso, ya que en presencia de hipótesis sobre los hechos no suficientemente fundamentadas entran en juego criterios jurídicos de decisión, como por ejemplo la regla de la carga de la prueba[22].

Por otra parte, puede también producirse la situación opuesta, en la que tanto el actor como el demandado dispongan de pruebas consistentes a favor de sus respectivas hipótesis sobre los hechos: se dispone, por ejemplo, de un testigo creíble a favor de *X* y de un testigo creíble a favor de la inexistencia de *X*. Supongamos que la hipótesis positiva (autónomamente considerada) tenga un grado de confirmación de 0,80 y que la hipótesis negativa tenga un grado de confirmación de 0,70, Una situación de este tipo no puede ser recogida por la escala 0 → 1 si la suma total debe ser = 1 y no tiene sentido en la lógica del verdadero/falso porque no es posible que sean contemporáneamente verdaderas una hipótesis y su negación. Pero esta situación es normal en el proceso siempre que existen pruebas aceptables a favor de ambas hipótesis contrapuestas[23].

cuales equivale a una negación, representa una «versión de la realidad» distinta: cf. Allen, *op. cit.*, p. 43.

22. Sobre la selección entre hipótesis que gozan de grados de probabilidad bajos cf. Allen, *op. cit.*, p. 44 y, además, *infra*, apartado 4.2.

23. Sobre la selección entre las dos hipótesis en esta situación v. también, *infra*, apartado 4.2. Se trata, en este caso, de la cuarta situación identificada por McCawley (v. nota 20).

La aparente contradicción se explica distinguiendo la situación que se da antes de la decisión de la que se obtiene después de la decisión. En la primera es posible que la hipótesis sobre la existencia de *X* tenga un grado autónomo de confirmación de 0,80, producido por una declaración testifical aceptable, y que la hipótesis contraria tenga un grado de 0,70 porque también en este supuesto se disponga de una declaración testifical aceptable. Pero, en cualquier caso, el juez debe decidir, y supongamos que lo hace escogiendo la hipótesis que tiene un grado de confirmación más elevado[24]. Ésta es, entonces, la hipótesis que se asume como «relativamente verdadera» o más aceptable, mientras que la otra «no es verdadera» (o es poco aceptable). Si se quiere representar numéricamente *esta* situación, se podrá decir perfectamente que, por ejemplo, la primera vale 0,90 y la segunda 0,10, pero está claro que esto es sólo una forma de expresarse carente, en cualquier caso, de eficacia operativa y heurística, dado que representa una elección ya realizada, no la situación que la precede y justifica[25].

A partir de estas consideraciones se observa en todo caso que la adopción de la escala 0 → 1, con la consiguiente atribución de valores fraccionarios a cualquier hipótesis y con el compromiso de que su suma sea = 1, se traduce en una distorsión de las situaciones reales que pueden producirse en el proceso o —en el mejor de los casos— es un instrumento gráfico que no carece de peligros.

Hay, en cambio, buenas razones para que la hipótesis positiva y la negativa sean consideradas por separado, cada una en función de los elementos de prueba que a ella se refieren. Para cualquier hipótesis se puede usar la escala numérica 0 → ∞, atribuyéndole un valor al grado de confirmación de cada hipótesis. La confrontación entre esos valores permite seleccionar la representación más aceptable, es decir, aquella que ofrece la aproximación a la realidad relativamente mejor, sobre la base de los elementos de prueba concretamente disponibles[26].

1.3. *Las hipótesis sobre hechos incompatibles.*–Una tercera situación posible es aquella en la que la hipótesis que afirma el hecho *X* se contrapone a una hipótesis que afirma el hecho *Y*, incompatible con la

24. V., en efecto, los criterios indicados *infra*, apartado 3.3.

25. Esta representación no sirve siquiera a los efectos de justificar *ex post* el juicio sobre el hecho. La justificación puede realizarse representando exactamente la situación probatoria y explicitando el criterio de «probabilidad prevalente» (sobre el cual v., *infra*, apartado 4.2), que permite seleccionar racionalmente la hipótesis dotada de un grado de confirmación relativamente mayor, incluso si la diferencia respecto de la hipótesis contraria no es muy relevante.

26. V. más ampliamente, *infra*, apartados 4.1 y 4.2.

existencia de *X* (es la generalización del esquema de la coartada). Resulta así necesario que sobre la base de alguna razón de orden general, física, lógica o incluso jurídica, la existencia de *Y* excluya la de *X*, y viceversa[27]. Se trata, como es fácil percibir, de una forma para contradecir la hipótesis que afirma *X*; la diferencia respecto a la hipótesis negativa examinada *sub* 1.2 está en que ahora la segunda hipótesis es positiva respecto de *Y*, mientras que el efecto negativo respecto de *X* es sólo mediato y deriva de la imposibilidad de la existencia contemporánea de *X* e *Y*.

Más allá de esta diferencia, por otra parte, también son claramente aplicables aquí las consideraciones que ya se han realizado a propósito de las hipótesis directamente contradictorias.

No obstante, el caso de las hipótesis contradictorias por afirmar la existencia de hechos *distintos* incompatibles hace aún más evidente la inadecuación del esquema según el cual los grados de confirmación de las distintas hipótesis deberían ser complementarios en una escala $0 \rightarrow 1$ con suma total $= 1$. Ese esquema es aún más inapropiado cuando no se trata de versiones distintas del mismo hecho sino de hechos distintos. Es verdad que el nexo de incompatibilidad que los vincula podría inducir a vincular también las respectivas hipótesis de forma que el grado de confirmación de uno de ellos sea inversamente proporcional al grado de confirmación del otro, pero esto no reflejaría la situación probatoria que se puede tener —más fácilmente al ser hechos distintos— cuando se dispone de elementos a favor de *X* y elementos a favor de *Y*.

En cambio, a este respecto vale *con mayor razón* lo que se ha dicho *sub* 1.2: las dos hipótesis deben considerarse por separado, cada una en relación con los elementos de prueba que a ella se refieren, a los efectos de establecer el grado de confirmación que cada hipótesis recibe sobre la base de los elementos de prueba disponibles (grado que para cada hipótesis puede situarse sobre una escala de números enteros $0 \rightarrow \infty$). A partir de la confrontación entre los grados de confirmación relativos a la hipótesis sobre *X* y a la hipótesis sobre *Y*, el juez obtiene elementos para seleccionar qué hipótesis resulta (relativamente) más aceptable sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Una

27. La incompatibilidad entre *X* e *Y* debe derivar de algún principio existente en el contexto conceptual y epistemológico en el que se sitúa el problema del conocimiento del hecho; es, pues, *relativa* al contexto. En el fondo, la coartada se erige sobre la premisa de que nadie puede estar en dos lugares distintos contemporáneamente, pero no es imposible —respetando la *narrative coherence*— imaginar algún contexto en el que este principio no valga. Esta posibilidad no es tomada aquí en consideración y, del mismo modo, tampoco es posible explorar las múltiples razones posibles por las que en los distintos contextos puede instaurarse una relación de incompatibilidad entre *X* e *Y*.

vez efectuada esta selección, la relación de incompatibilidad existente entre *X* e *Y* lleva a descartar como inaceptable la otra hipótesis.

1.4. *Las hipótesis sobre hechos jurídicamente vinculados*.–Una cuarta situación posible se produce cuando, alegando el actor la existencia de un hecho constitutivo *X*, esa hipótesis no es negada o contestada en absoluto por el demandado, pero, en cambio, éste alega un hecho distinto *Y no incompatible* con *X*, pero de tal naturaleza que incide sobre sus consecuencias jurídicas. Es el caso de la alegación de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de los efectos que derivan del hecho constitutivo.

Esta situación puede dar lugar a hipótesis muy complejas desde el punto de vista jurídico, en la medida en que las mencionadas calificaciones jurídicas de los hechos dependen de cómo se construye el concreto supuesto de hecho substancial, y esto puede hacer muy problemática su apropiada definición[28].

La misma situación es, en cambio, particularmente simple desde el punto de vista lógico y de la confirmación probatoria de las hipótesis. Entre *X* e *Y* existe, en efecto, una vinculación jurídica, pero no existe vinculación lógica, epistemológica o material alguna: puede ser que las hipótesis sobre *X* e *Y* sean ambas verdaderas, ambas falsas o una verdadera y la otra falsa. Entre ellas no hay, pues, vinculación de ningún tipo: se trata de hipótesis autónomas sobre hechos distintos, que son formuladas en el mismo proceso en función de las relaciones jurídicas entre esos hechos.

Es obvio, entonces, que en esta situación la escala $0 \rightarrow 1$ con valores fraccionarios complementarios está fuera de lugar y que la única forma correcta de representarla es la de las hipótesis separadas, cada una de las cuales tiene un grado de confirmación sobre la base de las pruebas que a ella se refieren[29]. Esto es así, con mayor razón, en la medida en que el juez no debe escoger *entre* la hipótesis sobre *X* y la hipótesis sobre *Y*: dado que *X* e *Y* pueden coexistir, cada una de ellas puede ser considerada (o no) como aceptable de forma autónoma sobre la base exclusiva del grado de confirmación que haya obtenido en función de las pruebas.

El examen de las distintas situaciones en las que las hipótesis sobre el hecho pueden tener distintas configuraciones puede resultar útil para mostrar que la relación entre esas hipótesis y sus respectivos elementos de confirmación es variada y compleja.

28. V., *supra*, el capítulo II.
29. En especial, sobre este supuesto, cf. Allen, *op. cit.*, p. 44.

Esto permite, sin embargo, poner también en evidencia algunos aspectos muy importantes para un análisis racional de esa relación, que pueden ser resumidos del siguiente modo.

Se trata, ante todo, de insistir con la máxima claridad en que el grado de confirmación de las hipótesis sobre el hecho deriva *exclusivamente* de los elementos de prueba específicamente referidos a esa concreta hipótesis y disponibles en la situación en la que la valoración se realiza. Éste es un postulado fundamental de la teoría lógica de la probabilidad[30] que tiene algunas consecuencias relevantes también en el contexto de la determinación del hecho. Por un lado, el grado de probabilidad de la hipótesis sólo se determina correctamente teniendo en cuenta todos los elementos de prueba disponibles[31], lo que determina no sólo la relatividad de la valoración sino también la posibilidad/necesidad de que ésta cambie si lo hace la situación probatoria. Por otro lado, debe excluirse que el grado de probabilidad de la hipótesis se determine en función de criterios *distintos* de los constituidos por los elementos de prueba, es decir, en función de criterios que no tengan en cuenta adecuadamente esos elementos, su alcance, su «peso» y sus combinaciones. Esto significa que deben usarse representaciones o formalizaciones que no distorsionen la relación efectiva entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho[32], como la examinada más arriba, que impondría una complementariedad ficticia, con suma total siempre = 1, de los grados de probabilidad de las distintas hipótesis.

Pero esto significa también que se debe prestar atención analítica a las distintas situaciones que pueden caracterizar los elementos de prueba respecto de las hipótesis sobre el hecho[33].

2. *Las situaciones probatorias*.–Al analizar las principales situaciones-tipo relativas a las hipótesis sobre la existencia o inexistencia de los hechos, se ha dado por presupuesto, tácitamente, la no-problematicidad de los elementos de prueba que confieren a las hipótesis el respectivo grado de confirmación o de apoyo racional. Se trata de un presupuesto que puede ser provisoriamente adoptado por razones de claridad del discurso, pero que no se corresponde con la realidad y que, por tanto, debe abandonarse en cuanto sea posible.

30. Cf., especialmente, Benenson, *op. cit.*, pp. 4, 13 ss.; Schafer, *op. cit.*, pp. 3 ss., 7.
31. V., ampliamente, Benenson, *op. cit.*, pp. 23 ss., y también Goldman, *op. cit.*, p. 204.
32. En este sentido, v. especialmente Brilmayer, *Second-order Evidence and Bayesian Logic*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 148, 156 ss., 164.
33. Cf., en especial, Schafer, *The Construction of Probability Arguments*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 190, 193; Schum, *Beating and Boulting an Argument*, *ivi*, p. 208.

En efecto, no sólo el aspecto del problema que se refiere a la configuración de los elementos de apoyo de una hipótesis es muy complicado: es también esencial para entender cómo puede operar la racionalización de la incertidumbre acerca de la fundamentación de las hipótesis y la determinación del respectivo grado de aceptabilidad. A los efectos de reducir esa complicación en alguna medida y de aclarar cómo puede operar el mecanismo de confirmación de las hipótesis sobre los hechos, vale la pena proceder también aquí mediante distinciones, es decir, tratando de identificar las principales situaciones en las que se instaura la correlación entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho.

Al respecto, es útil realizar dos advertencias preliminares. La primera es que esas distinciones se harán siempre imaginando que se trata de una sola hipótesis sobre el hecho y que a ella se refieren los elementos de prueba. Esto representa una simplificación respecto del análisis llevado a cabo en el apartado precedente, pero es necesaria para mantener el discurso en un nivel aceptable de complejidad. Por otra parte, todo lo que se dirá respecto de *una* hipótesis sobre el hecho puede ser extendido a *cualquier* hipótesis sobre el hecho; la situación compleja que resulta de ello será examinada más adelante, cuando se analice directamente la selección de hipótesis sobre el hecho en sede de decisión[34].

La segunda advertencia es que los términos «prueba», «elementos de prueba» y parecidos son usados en el significado más general que tienen en el ámbito epistemológico[35] y no en su más específico significado jurídico. El análisis del concepto jurídico de prueba, y de sus respectivas especificaciones, requiere un discurso *ad hoc* que se llevará a cabo más adelante[36].

2.1. *La prueba directa*.–La primera y más simple situación respecto de la prueba de una hipótesis sobre el hecho es aquella en la que existe un único elemento de prueba que versa directamente sobre esa hipótesis[37]. Por ejemplo, se dispone de una declaración testifical que confirma la existencia de un hecho o de un documento que lo representa: el objeto y el resultado de la prueba pueden ser expresados en una pro-

34. V., *infra*, apartado 4.
35. Cf., en especial, Goldman, *op. cit.*, pp. 17 ss., 89 ss., 145 ss., 204 ss.; Schafer, *A Mathematical Analisys*, cit., pp. 20 ss., 120 ss., 172 ss., 284 ss.; Benenson, *op. cit.*, pp. 23 ss., 80 ss.; Schum, *Evidence and Inference for the Intelligence Analist* I, Lanham-New York-London, 1987, pp. 31 ss., 37 ss.
36. V., *infra*, capítulos V y VI.
37. Sobre el concepto de prueba directa v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, apartado 2.1.

posición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre el hecho.

En una situación de este tipo está claro que el grado de aceptabilidad de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. A la inversa, se puede decir también que la medida en que la hipótesis resulta confirmada define la «eficacia» de esa prueba. Si la prueba es *negativa*, en el sentido que se especificará más adelante[38], la hipótesis positiva sobre el hecho no adquiere evidentemente confirmación alguna; esa prueba será utilizable siempre que también se presente una hipótesis negativa sobre el hecho[39].

El problema principal resulta ser, entonces, el de los factores que determinan el valor de la prueba concreta. Las cuestiones que surgen en el caso de pluralidad de elementos de prueba referidos a la misma hipótesis o a distintas hipótesis sobre el hecho son lógicamente posteriores[40]. Sin embargo, para el análisis de este problema son escasos los elementos ofrecidos por los estudios epistemológicos de línea probabilística, que, como ya se ha dicho[41], se limitan habitualmente a presuponer o a conjeturar que el concreto elemento de prueba tiene un valor específico, indicándolo con determinaciones numéricas indispensables para el cálculo posterior, pero sin establecer de qué forma puede determinarse ese valor. Así pues, parece más útil partir de las indicaciones más elementales que provienen de los análisis no cuantitativos del problema de la confirmación de hipótesis sobre hechos.

Al respecto, parece oportuno partir de la observación de que ningún elemento de prueba tiene un valor *per se*. Por un lado, en efecto, un hecho o una cosa pueden ser calificados como elementos de prueba en relación con un *factum probandum*, es decir, únicamente en función de la posibilidad de que a partir de ese hecho o de esa cosa puedan extraerse conclusiones acerca del hecho a probar[42]; más allá de

38. V., *infra*, apartado 3.3 y capítulo VI, 2.2.
39. V., *supra*, apartado 1.2.
40. V., en efecto, *infra*, apartados 3.2 y 3.3.
41. V. capítulo III, 3.
42. En este sentido, el concepto general de prueba viene a coincidir con la noción de prueba *relevante*: v., en especial, Schum, *op. ult. cit.*, I, p. 31. Es necesario tener en cuenta también la diferencia entre la *specificatory evidence*, que se refiere a un suceso particular, y la *statistical evidence*, referida a la frecuencia de hechos de un determinado tipo (v., ampliamente, Benenson, *op. cit.*, pp. 80 ss., 149 ss.). En el contexto del que se está hablando, la *evidence* es siempre *specificatory*, dado que importan sólo los elementos de prueba que se refieren a la hipótesis acerca de un hecho concreto. Además, los hechos estadísticos no tienen, en la determinación judicial de los hechos, una importancia en sí mismos, sino en la medida en que son útiles para confirmar una hipótesis sobre unos hechos concretos (v. capítulo III, 3.4).

esta correlación existen hechos, cosas, declaraciones, pero no existen elementos *de prueba*. Así pues, en cierto sentido, la definición del elemento de prueba es circular, dado que algo puede ser definido como tal únicamente después de haber establecido que tiene algún valor probatorio[43].

Por otro lado, el esquema lógico de la prueba como elemento de confirmación de las hipótesis sobre el hecho hace evidente que el valor del elemento de prueba puede establecerse únicamente en relación con aquellas hipótesis. Está claro, en efecto, que respecto de una hipótesis distinta o de una hipótesis contraria, el mismo elemento podría no tener valor alguno o tener un valor negativo en lugar de positivo.

En resumen, el valor del elemento de prueba concreto no es en absoluto una característica intrínseca del hecho o de la cosa que se asume como elemento de prueba, sino que es relativo a la vinculación que se instaura entre ese hecho o esa cosa y la hipótesis que se refiere al hecho a probar[44]. Más propiamente, se trata de la vinculación que se establece entre la proposición que constituye la hipótesis sobre el hecho y la proposición que enuncia el elemento de prueba y que en cierto modo lo constituye. Está claro que no puede establecerse ninguna correlación *lógica* entre *cosas* o *hechos* y *proposiciones* referidas a (otro) hecho. El elemento de prueba es, a su vez, una proposición referida a un hecho[45]: puede suceder que aquél exista ya en tanto que proposición, como en el caso de una declaración testifical o de una declaración contenida en un documento, pero también cuando esto no

43. No es así cuando el juicio de relevancia de la prueba sirve, en el proceso, para establecer de forma preliminar e hipotética si un determinado medio de prueba debe ser admitido. Sobre el concepto de relevancia en el ámbito del proceso v., *infra*, capítulo V, 2.1.
44. Ese carácter relativo de la prueba y de su valor en función de la hipótesis a la que se refiere es sistematizado por Schafer mediante el concepto de *frame of reference*, es decir, del contexto de relaciones en las que la prueba puede definirse como tal como consecuencia de las inferencias que de ella se pueden obtener (cf. *A Mathematical Analisys*, cit., pp. 36, 114 ss., 274 ss.). Schafer subraya oportunamente que el *frame of discernment* no está ya «dado» de forma alguna, sino que se determina por actos creativos de elección, que deben tener en cuenta también la forma en que los elementos de prueba inciden en las hipótesis a probar (v., *ibid.*, pp. 274 ss., 280, 285).
45. El término «proposición» es usado, aquí, en sentido técnico, es decir, como significado de un enunciado (v., por todos, Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, [4]1984, pp. 36 ss.). Se obtiene de ello que, por cuanto se dice en el texto, es irrelevante la identidad o la diferencia de los enunciados: las relaciones de coincidencia o diferencia se dan entre sus significados, es decir, entre el contenido de las proposiciones sobre hechos.

sucede el elemento de prueba está, en cualquier caso, constituido (explícita o implícitamente) por una proposición que lo enuncia[46].

En el caso de la prueba directa, la prueba versa directamente sobre la hipótesis y el grado de confirmación de la hipótesis coincide con el grado de aceptabilidad de la prueba, es decir, con el grado de confirmación de la proposición que enuncia el elemento de prueba[47].

El problema de la aceptabilidad de la prueba no tiene, sin embargo, una solución unívoca e incluso se plantea de maneras muy distintas en función del contexto específico en el que se esté y de la estructura de aquello que se considera elemento de prueba. Así, por ejemplo, el *intelligence analisys* emplea un concepto extremadamente amplio de *weight of evidence,* dado que es prácticamente ilimitado el campo de lo que puede constituir *evidence* de algo[48]. En cambio, el grado de aceptabilidad de las pruebas jurídicas se determina en cada caso de forma distinta en función de las modalidades institucionales de formación de la prueba[49] y es distinto en los diversos tipos de prueba (sin hablar de los casos en que es directamente establecido por la ley)[50], como también puede suceder que determinados elementos de prueba no puedan ser utilizados por razones jurídicas, es decir, en función de específicas reglas de exclusión que tienen justificaciones de lo más variado[51].

Desde el punto de vista estructural se puede observar, en cualquier caso, que el grado de aceptabilidad de la prueba se determina mediante una serie de presupuestos y de inferencias realizadas por el sujeto que utiliza la prueba, sobre la base de las cuales establece el grado

46. No importa aquí el dato puramente empírico de si el elemento de prueba concreto se traduce en uno o más enunciados o proposiciones. Prescidiendo de la eventualidad de que esto se produzca (en el acta correspondiente a la prueba o en la motivación de la sentencia), es suficiente con que se dé la *posibilidad* de esa traducción; por otra parte, el análisis que se está desarrollando no hace referencia a los mecanismos psíquicos del sujeto que usa las pruebas, ni a las relaciones ontológicas entre los hechos del mundo real, sino a las representaciones de los hechos, es decir, a las proposiciones que los describen.

47. En efecto, por un lado tenemos la hipótesis según la cual «el hecho *X* es verdadero» y, por otro, el elemento de prueba según el cual «el hecho *X* es verdadero». No habiendo problemas de inferencia entre el elemento de prueba y la hipótesis sobre el hecho, dado que las dos proposiciones coinciden, el grado de aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho coincide con el grado de credibilidad del elemento de prueba (esto es, con el grado de apoyo de la proposición que lo expresa).

48. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 33 s., 40 ss., 89 ss.

49. V., *infra*, capítulo V, 2.2 y 4.2.

50. V., más ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.3.

51. Sobre la admisibilidad de las pruebas v. capítulo V, 2.1.

de credibilidad racional de la proposición que constituye el elemento de prueba[52].

En la base de esta operación puede haber asunciones implícitas de tipo muy general, determinadas por el contexto cultural en el que opera el sujeto y por las estructuras de las que se sirve para determinar e interpretar los hechos. Está claro que estos presupuestos condicionan y relativizan la valoración de la prueba en el contexto procesal[53], del mismo modo que en cualquier otro contexto los respectivos *background knowledges* y las teorías aceptadas condicionan la definición, la selección y la valoración de los «hechos»[54]. Sin embargo, la discusión de estas asunciones tan generales puede ser omitida aquí, resultando suficiente recordar que aquéllas existen, dado que no son típicamente específicas del juez en cuanto sujeto que valora pruebas sino que afectan más bien, en función de los niveles, al conocimiento en general o al conocimiento científico[55].

Por otra parte, cuando el elemento de prueba es directamente percibido, en condiciones normales[56], por el sujeto que lo utiliza, pueden

52. Sobre el concepto de *rational acceptance* o *rational belief* cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 81, 310 ss., 318 ss. (y, en particular, pp. 312 ss. sobre la dificultad de establecer criterios en términos de probabilidad matemática). Sobre las relaciones entre el concepto de *rational belief* y la teoría de la probabilidad v. también Benenson, *op. cit.*, pp. 45 ss., 68 ss. En general, sobre el concepto epistemológico de *belief* cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 13 ss. (y especialmente p. 15 para la indicación de las proposiciones como objeto de *belief*), 173 ss., 199 ss.

53. V., en particular, Tillers, *Mapping Inferential Domains*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 285 ss.

54. Cf., por todos, y para abundantes referencias bibliográficas, Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, especialmente pp. 24 ss., 46 ss. y 128 ss.

55. Cf. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 17, 35 s.

56. Está claro que la idea de «normalidad» tiene un significado muy vago y no puede ser analíticamente definida, siendo una variable dependiente de las asunciones culturales que han sido recién mencionadas en el texto. Quizás, en el limitadísimo ámbito que aquí nos interesa, se pueden realizar dos indicaciones de orden muy general: se puede pensar en una normalidad «jurídica» en el caso de que la prueba sea adquirida y valorada según las normas y los criterios del contexto jurídico-procesal; y en una normalidad «de la experiencia cotidiana» como hipótesis que excluye circunstancias excepcionales capaces de tornar no confiable la percepción. Es, en realidad, ocioso conjeturar, por ejemplo, que salvo prueba contraria las facultades del juez están alteradas por la droga o la hipnosis o que no es capaz de interpretar lo que ve según las modalidades típicas del hombre medio en su ambiente socio-cultural. Casos de este tipo pueden, obviamente, producirse, pero ninguna teoría puede fundarse en la premisa de que éstos son constantes. Así pues, se puede presumir la normalidad del comportamiento del juez y, por tanto, la confiabilidad de sus mecanismos psíquicos y perceptivos, salvo la posible prueba en contrario.

entrar en juego asunciones e inferencias muy simples, como las que se refieren a la fiabilidad de las percepciones y a la capacidad de analizar los datos empíricos (además de la hipótesis para algunos arriesgada, pero difundida, acerca de la existencia del mundo «real»). Se da esa percepción directa, por ejemplo, en la constatación del estado de un lugar o de una cosa o en la audición de una grabación o en la lectura de un documento.

En cambio, la valoración puede resultar mucho más compleja cuando sea necesario establecer la *credibilidad* o la *autenticidad* del elemento de prueba[57]. Si, por ejemplo, la prueba es una declaración testifical, se trata de establecer la credibilidad de las declaraciones del testigo, y esto puede suponer la valoración de datos complejos, como las relaciones laborales o de parentesco entre el testigo y las partes, su comportamiento en general y durante el interrogatorio, el contenido, la forma y las modalidades de sus respuestas, etc. La *crítica de la declaración testifical* puede ser relativamente simple cuando no surjan especiales elementos de duda, pero puede también ser muy compleja cuando existan dudas acerca de la credibilidad del testigo o sobre la aceptabilidad de sus declaraciones. En este caso se deben tomar en consideración distintas «circunstancias secundarias» como premisa de la que extraer inferencias acerca del grado de aceptabilidad de la prueba[58].

Un discurso análogo vale también para la *crítica de las fuentes* que es necesaria para establecer la autenticidad de la prueba documental, como premisa para establecer la veracidad de las declaraciones que en ella consten. En efecto, también aquí (aparte de la posible presencia de normas que regulen uno u otro aspecto de la prueba documental), si hay duda, el problema se resuelve tomando en consideración todas las circunstancias relevantes y extrayendo a partir de ellas inferencias que permitan establecer hasta qué punto se puede considerar que el documento «representa» la verdad de los hechos.

Más allá de estas variaciones, el dato general que se pone de manifiesto es que la valoración del grado de aceptabilidad de un elemento

57. En general, sobre el problema de la «credibilidad de la fuente», cf. Schum, *Evidence and Inference*, I, cit., pp. 67 ss., 80 ss. Se produce en este caso una situación en la que a partir de las circunstancias *a, b, c ... n* se pueden extraer inferencias acerca de *X*, donde *X* no es el hecho a probar, sino una aserción sobre la credibilidad de una fuente que afirma algo acerca del hecho a probar. En resumen, se está ante una situación de elementos de prueba convergentes (v. *infra* el apartado 3.3), pero convergentes sobre la aceptabilidad de otra prueba. Sobre esta situación v. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 215 ss., y II, pp. 33 ss., 49 ss.; Tillers, *Webs of Things in the Mind: A New Science of Evidence*, en *Mich. L. Rev.* 87, 1989, p. 1234.

58. Cf., en general, Schum, *op. ult. cit.*, pp. 80 ss.

de prueba es el resultado de inferencias (de distinta naturaleza) fundadas en premisas constituidas por las más diversas «circunstancias» o características referidas a la formación del elemento de prueba. Algunas veces estas inferencias incorporan criterios científicos (con alguna posibilidad de cuantificaciones aceptables), pero mucho más a menudo se fundan en máximas de experiencia del contenido más variado, sobre valoraciones, sobre análisis de comportamientos, sobre interpretaciones de expresiones lingüísticas, etc. Así pues, es relativamente extraño que aquellas inferencias sean reconducibles a esquemas lógicos precisamente determinados y, aún más extraño, que su resultado sea lógicamente cuantificable; por otra parte, la variabilidad y la complejidad de sus posibles combinaciones en cada caso concreto son tan elevadas que excluyen la posibilidad de realizar una tipología simple y aceptable. Todo ello, no obstante, no imposibilita que la inferencia sea el esquema lógico básico: el grado de aceptabilidad de la prueba está *siempre* determinado por una o más inferencias que deben estar fundamentadas en circunstancias precisas y en criterios (cuando sean necesarios) reconocibles[59].

Por otra parte, si su determinación deriva de un procedimiento que emplea el esquema lógico de la inferencia, entonces el grado de aceptabilidad de la prueba escapa a determinaciones cuantitativas en términos de probabilidad/frecuencia, correspondiendo, en cambio, a una valoración efectuada por quien utiliza el elemento de prueba. Como ya se ha dicho, esta valoración puede realizarse siguiendo un procedimiento racional, pero permanece intrínsecamente vinculada a la peculiaridad del caso concreto, a las características de cada elemento de prueba y a los criterios utilizados para interpretarlos.

Se trata, pues, de una valoración racional en la medida en que deriva de un empleo correcto de métodos racionales de análisis inferencial del elemento de prueba, pero esto no implica la cuantificación del «peso» de la prueba ni que éste sea determinable *a priori* y en abstracto según mecanismos de cálculo[60]. Se trata, en cambio, de un procedimiento mediante el que un «sujeto racional» determina con «criterios racionales» el grado con el que se puede asumir que una proposición específica, que expresa un elemento de prueba, es aceptable.

59. Desde el punto de vista de la estructura lógica y del empleo de las máximas de exprereiencia, estas inferencias no son distintas de las que se formulan en el ámbito de la valoración de las pruebas indirectas. Tanto en un caso como en el otro, en efecto, se trata siempre de vincular una circunstancia con una hipótesis de hecho por medio de una regla de inferencia. Para el análisis de estas inferencias v. el apartado 2.2.

60. Sobre la imposibilidad de la determinación cuantitativa del *weight of evidence*, al menos en la gran mayoría de los casos, v., *supra*, capítulo III, 3.3.

Puede suceder que el elemento de prueba, o aquello que es considerado como tal, resulte completamente inaceptable (o no diga nada significativo). En ese caso es evidente que éste no es idóneo para aportar elemento de confirmación alguno para la hipótesis acerca del hecho que debe ser probado: se podrá decir, en ese caso, que su valor probatorio es = 0[61].

A la inversa, puede suceder que el elemento de prueba sea significativo y plenamente aceptable: esto es, que la proposición que lo enuncia sea considerada plenamente verdadera. En ese caso, puede decirse que el valor de la prueba (de ese *concreto* elemento de prueba) es = 1, para indicar convencionalmente que no hay dudas sobre su aceptabilidad.

En la mayor parte de los casos en los que la prueba no es inaceptable, sin embargo, resulta que no es tampoco absolutamente cierta, dado que las inferencias formuladas en sede de valoración pueden dejar distintos márgenes de duda. Esos casos se pueden indicar convencionalmente con valores situados entre 0 y 1 (esto es, con valores decimales o fraccionados) que señalen *grosso modo* el grado de aceptabilidad del elemento de prueba. Así, se podrán tener valores bajos, como 0,10 y 0,20, cuando por ejemplo la declaración de un testigo deje dudas (sin ser evidentemente falsa), o valores elevados, como 0,80 y 0,90, cuando el margen de duda, por ejemplo, sobre la aceptabilidad de una declaración testifical sea reducido.

Debe quedar claro, no obstante, que el uso de números no indica cuantificación real alguna; es únicamente *una forma convencional* más cómoda que otras *para expresar* grados que se distribuyen en una escala continua entre dos extremos[62]. Nada impediría adoptar notaciones alfabéticas o verbales expresamente diseñadas para individualizar los distintos grados de valor de cada elemento de prueba[63]; se requeriría,

61. Recuérdese, sin embargo, que el hecho de que el grado de confirmación sea = 0 no demuestra la falsedad de la hipótesis sino únicamente la ignorancia respecto de ella, es decir, la falta de elementos que induzcan a considerarla verdadera (v., *supra*, apartado 1.1). Del mismo modo, si el valor de un elemento de prueba es = 0, significa simplemente que ese dato no prueba nada en absoluto, es decir, que no es, en realidad, un elemento de prueba.

62. Esa forma convencional tiene además el inconveniente de introducir grados separados en una dimensión que es, en realidad, continua. El inconveniente podría ser eliminado o reducido usando números con más de dos decimales, pero esto introduciría una precisión sólo aparente, dada la dificultad de distinguir grados de convencimiento más allá de una cierta aproximación. Puede tener sentido expresar una diferencia entre 0,70 y 0,90, pero quizás no tiene sentido decir que una prueba es aceptable con un grado 0,835879, mientras que otra lo es con un grado 0,835880.

63. Esto es lo que propone Ekelöf, que usa una decena de términos para indicar distintos grados de probabilidad sobre una escala que va de 0 a 1 (v. *My thoughts on evidentiary value*, en *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psycological Aspects of a Theory*, ed. por P. Gärdenfors, B. Hasson y N.-E. Sahlin, Lund, 1983, p. 14). Esta propuesta es significativa en la medida en que excluye la cuantificación numérica de los grados de probabilidad y hace evidente, con ello, que no pueden ser precisados más allá de una tosca aproximación. Sin embargo, tiene el inconveniente de estar fundada en términos del lenguaje común y, por tanto, de ser más bien vaga y tornar casi imposible el análisis de las situaciones probatorias más complejas, en particular, de la combinación de diversos elementos de prueba. Parecidas y hasta más graves críticas merece un reciente intento de usar los conceptos de Ekelöf en el ámbito de una equematización más amplia del razonamiento decisorio (cf. Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof. Truth or Law?*, en *Scandinavian Studies in Law* 34, 1990, pp. 122 ss., 130, 146). Estos conceptos son, en efecto, incompatibles, al menos en su última versión, con una determinación cuantitativa precisa de los grados de aceptabilidad de la prueba, de forma que no se entiende cómo puede insertarse en un modelo que pretende realizar un cálculo cuantitativo de los factores que inciden en la decisión.

únicamente, una expresa elaboración que no sería menos arbitraria que el recurso a las fracciones o a los decimales, pero supondría, en cambio, complicaciones ulteriores de un discurso que ya no es simple de por sí.

Cada medio de prueba concreto puede, pues, tener un «valor» que puede ser representado con un número entre 0 y 1, incluidos los extremos de la escala, que indica el grado de aceptabilidad de la proposición que expresa su contenido.

Si nos encontramos en la situación simple en que: *a*) hay una sola prueba referida a una hipótesis sobre el hecho y *b*) la prueba versa directamente sobre el hecho que debe ser probado, entonces el valor del elemento de prueba equivale al grado de confirmación que puede atribuirse a la hipótesis sobre el hecho. Esta afirmación parece obvia en el contexto de las consideraciones desarrolladas hasta aquí, pero no es todavía definitiva, ya que no clarifica cómo el valor de la prueba determina la decisión relativa a la hipótesis sobre el hecho. Este problema, sin embargo, no puede tener una solución satisfactoria en este punto y será retomado más adelante desde el punto de vista específico de la *decisión* sobre el hecho.

2.2. *La prueba indirecta*.–Una situación distinta se produce cuando se dispone de una única prueba respecto de la hipótesis sobre el hecho, pero ésta es una prueba indirecta[64]. En ese supuesto se dispone de una prueba que demuestra la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis; sin embargo, a partir de la proposición que describe ese otro hecho, que los juristas denominan *se-*

64. Sobre el concepto de prueba indirecta v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 2.1.

cundario[65], es posible extraer inferencias que afectan a la fundamentación de la hipótesis en cuestión. El grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de esa prueba depende, entonces, de dos tipos de factores: el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario y el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación. El primer factor equivale estructuralmente a la situación indicada en el apartado anterior; el segundo depende esencialmente de la naturaleza de la «regla de inferencia» que se adopte para derivar conclusiones aptas para representar elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho principal a partir de la afirmación del hecho secundario[66]. Así pues, el grado de aceptabilidad de la prueba no equivale al grado de confirmación de aquella hipótesis, ni a la inversa; el problema principal es precisamente la fundamentación de las inferencias desde el hecho probado al hecho afirmado en la hipótesis que se trata de confirmar.

La peculiaridad de esta situación deriva precisamente de la falta de coincidencia entre el hecho que constituye el objeto específico de la prueba y el hecho que es necesario probar en el proceso, ya que ésta impide considerar que la confirmación de la hipótesis sobre el *factum probandum* coincide con el grado de credibilidad de la prueba. La diferencia entre los dos hechos supone, en cambio, que la hipótesis relativa al *factum probandum* X puede recibir elementos de confirmación de la proposición sobre el hecho secundario Y únicamente si esta última puede ser asumida como premisa de una inferencia que permita obtener conclusiones acerca de la existencia de X[67].

El problema de la confirmación de la hipótesis sobre X depende, pues, de dos factores: la posición de la premisa relativa a Y y la formulación de la inferencia de X a partir de Y.

En cuanto a la premisa referida a Y, está claro que no surge ningún tipo de problema si la prueba respectiva tiene un grado de credibilidad $= 0$: no estando probado Y, no se da la premisa que permite inferencias relativas a X. Tampoco surge problema alguno cuando el valor de

65. Sobre el concepto de «hecho secundario» y su distinción del «hecho principal» v., *supra*, capítulo II, 2.4.

66. Cf., en especial, Tillers, *Mapping Inferential Domains*, cit., pp. 227 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 245 ss.; Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 35 ss., 92 ss. La situación a la que se hace referencia corresponde al esquema en el que las circunstancias *a, b, c, ... n* hacen aceptable la prueba de X y a partir de X se obtiene una inferencia relativa a Y, que es el *factum probandum*. V., al respecto, las elaboraciones desarrolladas por Schum, *ivi*, I, pp. 51 ss., y II, pp. 33 ss.

67. V., en general, Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 130 ss., 219 ss., 260 ss.

la prueba sobre $Y = 1$: en ese caso, Y está probado y el único problema que queda pendiente es el de comprobar si Y sirve como fundamento de inferencias relativas a X. En cambio, sí se presentan dificultades cuando el grado de credibilidad de la prueba sobre Y está entre 0 y 1. En ese caso, las teorías que aplican las concepciones cuantitativas de la probabilidad utilizarían ese valor intermedio numéricamente determinado como base para un cálculo dirigido a establecer en qué medida ese valor influye en el grado de probabilidad que debe atribuirse a la hipótesis sobre X[68]. Sin embargo, más allá de las dificultades que supone la aplicación de estas teorías de forma general, ya señaladas anteriormente[69], un planteamiento de este tipo parece implicar un error conceptual. En efecto, debe observarse que, precisamente por la diversidad de los dos hechos, entre *la prueba sobre Y y la hipótesis relativa a X* no hay, en realidad, ninguna vinculación lógica directa: por un lado, el grado de credibilidad de la prueba sobre Y determina la confirmación de la hipótesis referida a la existencia de Y, pero, no versando sobre X, nada dice acerca de su hipótesis respectiva; por el otro, la confirmación de la hipótesis sobre X que se puede obtener a partir de la inferencia fundada sobre Y presupone, obviamente, que Y exista, al no tener sentido una inferencia que parta de premisas inciertas.

Esto equivale a decir que es necesario eliminar la incertidumbre referida a Y, es decir, establecer si Y puede o no ser asumido como premisa de una inferencia relativa a X. De lo que ya se ha dicho puede derivarse que este problema no queda resuelto por el valor de la prueba sobre Y si éste es intermedio entre 0 y 1. Corresponde, entonces, al juez resolver la cuestión, *decidiendo* si la hipótesis sobre Y tiene un apoyo suficiente para permitir la utilización de Y como premisa para una inferencia relativa a X. Esto no significa que el juez modifique el valor de la prueba sobre Y llevándolo hasta 1 o 0 en función de su decisión de utilizar o no utilizar Y. La decisión del juez consiste, en cambio, en establecer, *dado el valor de la prueba sobre Y*, si es razonable o no formular inferencias fundamentadas en Y. Está claro que la elección en sentido positivo es más racional cuanto mayor es el valor de la prueba sobre Y, mientras que la elección negativa es más racional

68. Esto depende de la aplicación del principio matemático de la transitividad, en función del cual el valor de probabilidad de la premisa influye en el cálculo del valor de probabilidad de la conclusión. Cf. Cohen, *The Probable*, cit, pp. 68 ss.; Schum y Martin, *Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence*, en *Law & Soc. Rev.* 17, 1982, pp. 118 ss., 145 ss.; también Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. Band I. *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 181 ss.

69. V., *supra*, capítulo III, 3.1, 3.3.

cuanto menor es ese valor; también está claro que la elección es particularmente dudosa cuando ese valor está alrededor de 0,50. En cualquier caso, no debe olvidarse que esos números son sólo una forma de expresar el valor «lógico» que se atribuye a la prueba y no representan una verdadera y estricta cuantificación en los términos de la probabilidad/frecuencia.

En todo caso, la adopción de *Y* como premisa para la realización de inferencias sobre *X* depende de una *elección* del juez respecto de la cual el valor de la prueba sobre *Y* constituye un elemento indicativo[70] o un posible criterio de razonabilidad, pero no un elemento vinculante. En esta elección se produce un momento de discrecionalidad por parte del juez, quien, frente a un valor intermedio de la prueba sobre *Y*, debe decidir si razona *como si Y* existiese o *como si Y* no existiese. La racionalidad de una elección de este tipo no es, evidentemente, la de la verdad/falsedad absoluta de las proposiciones empíricas; más bien es aquella propia de las hipótesis de trabajo, que son adoptadas en función de su congruencia y aceptabilidad, y que se «verifican» sobre la base de su capacidad heurística y explicativa[71]. En resumen, el juez asume racionalmente *Y* como premisa para realizar inferencias sobre *X* si cree que dispone de buenas razones para considerar verdadero *Y*, donde las buenas razones no son la certeza absoluta de *Y* sino un grado de prueba que el juez considera racionalmente suficiente para justificar el uso de *Y*. El punto importante es, sin embargo, el siguiente: una vez que el juez ha decidido asumir *Y* como verdadero porque cree que hay elementos de prueba que justifican racionalmente esa decisión, la aserción de *Y* deja —por decirlo así— de ser «probable». Los elementos de prueba sobre *Y* agotan su función en la fundamentación de la elección del juez. Por otra parte, una vez que *Y* es razonablemente determinado, puede ser considerado como premisa autónoma de una inferencia ulterior, sin que la forma en que *Y* haya sido establecido (es decir, el hecho de que él mismo fuese probable) incida sobre ese pasaje sucesivo[72]. Esto equivale a rechazar la aplicación del principio matemático de la transitividad; ese principio tiene sentido en el ámbito de la teoría

70. En el establecimiento del nivel de fundamentación de la hipótesis sobre *Y* entra en juego la posibilidad de que al respecto se dé la denominada *corroboration* o *corroborative redundancy*, es decir, la posibilidad de que existan distintos elementos de confirmación sobre *Y*. Acerca de esa noción y sobre la diferencia de la misma con el supuesto de la *comulative redundancy* v., *infra*, nota 108.

71. Sobre el papel y la posible racionalidad de elecciones de este tipo, cf. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 39 s. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 64-66].

72. V., en particular, Cohen, *The Probable*, cit., p. 269.

matemática de la probabilidad, pero su aplicación no es necesaria en absoluto en contextos distintos de aquél[73].

Una vez establecido que es razonable adoptar *Y* como hipótesis para realizar inferencias sobre *X*, surge, precisamente, el segundo género de problemas, que hace referencia a las consecuencias sobre *X* que pueden obtenerse a partir de *Y*.

Ante todo, es necesario tomar en consideración la posibilidad de que no se pueda conjeturar ninguna vinculación entre *X* e *Y*: esto significaría que *Y* —a pesar de que pueda estar probado en el juicio— no es, en realidad, lógicamente relevante a los efectos de confirmar la hipótesis sobre *X*. En ese caso, se podría decir que *Y* atribuye a esa hipótesis un grado de confirmación = 0, es decir, que *Y no dice nada* acerca de *X*[74]; en otras palabras, *Y* no es, en realidad, un elemento de prueba para *X*.

La posibilidad de realizar una inferencia que, fundándose sobre *Y*, produzca consecuencias respecto de *X* depende de la disponibilidad de criterios *tendencialmente* de orden general que instauren vinculaciones entre la clase de los *Y* y la clase de los *X*. También los pasos inferenciales de un hecho individual a otro presuponen siempre algún criterio de vinculación sin el cual esos pasos no serían lógicamente posibles. Al respecto, se puede recurrir al esquema «nomológico-deductivo» de la explicación causal[75], con la condición de que resulte claro que ese esquema sirve para indicar la estructura de la inferencia entre hechos individuales fundamentada en alguna regla de inferencia, pero *no* para establecer la naturaleza lógicamente deductiva de esa inferencia. Su naturaleza lógica se reconduce habitualmente a los esquemas de la inducción más que a los de la deducción[76] y, a pesar de ello, es obvio que depende de las características específicas de los criterios que se usen para formular y justificar la vinculación entre los dos hechos[77].

73. Es más, se puede decir que precisamente la posibilidad de prescindir de ese principio es una de las ventajas de la teoría no cuantitativa de la probabilidad: en efecto, ese principio produce complicaciones y resultados que no son coherentes con la valoración judicial de las pruebas (cf. Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 68 ss.).

74. V., *supra*, apartado 1.1.

75. Para un análisis de este esquema y de algunas modalidades de su aplicación cf., ampliamente, Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 120 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 141 ss.]. En términos generales, cf. Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 341 ss., 425 ss.

76. Para un análisis más amplio al respecto cf. Taruffo, *Studi*, cit., pp. 180 ss., 221 ss. Recurre también al concepto de inferencia inductiva Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 107 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 129 ss.].

77. En este sentido, v. Tillers, *op. cit.*, pp. 280 ss., y Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 180 ss., 197 ss., 212 ss.

Esos criterios, y las características y las condiciones que deben presentar para que la inferencia sea «válida», dependen evidentemente de los contextos en los que se plantee el problema de la inferencia que va de *Y* a *X*. Así, una cosa es que se encuentre en el ámbito de un sistema axiomatizado, otra que se encuentre en el contexto de la física o de otra ciencia de la naturaleza y otra que se encuentre, en cambio, en el ámbito del análisis estadístico de fenómenos económicos o sociales. Cada uno de estos contextos, en realidad, define de forma peculiar las características de las inferencias que admite en su seno: gran parte de las teorías de los distintos ámbitos del conocimiento están precisamente dedicadas a analizar en qué casos y con qué condiciones se realizan inferencias válidas en cada uno de los ámbitos.

Desde este punto de vista, el contexto representado por la determinación de los hechos en el proceso se caracteriza por ser —digámoslo así— «poco exigente». No excluye e incluso favorece el empleo de metodologías científicas para la determinación de los hechos, de modo que algunas veces se dispone de criterios científicamente fundados (esto es, tendencialmente *seguros* y *precisos*) para la formulación de las inferencias sobre los hechos[78]. Sin embargo, ésta es una situación marginal; la situación «normal» está constituida por el uso de las nociones de sentido común en función de criterios para la formulación de esas inferencias. En este sentido, el proceso no es un contexto «científico», «especializado» o «formalizado»: es, en cambio, simplemente un caso particular de aplicación del sentido común. El discurso se fija, entonces, en aquellas «reglas», «máximas» o «nociones de la experiencia común» que representan el contexto cultural y el repertorio de conocimientos que el sentido común ofrece al juez como instrumentos para la valoración de las pruebas[79]. De este «repertorio» el juez extrae los criterios según los cuales, dado *Y*, se formulan posibles inferencias relativas a *X*.

78. V., *supra*, capítulo III, 3.4.

79. Sobre este tema cf., también para referencias bibliográficas adicionales, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 197 ss., 207 ss.; Id., *Certezza e probabilità*, cit., pp. 88 ss.; Id., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 242 ss.; Nobili, *Nuove polemiche sulle cosidette «massime d'esperienza»*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 123 ss. Entre lo más reciente, cf. G. F. Ricci, *Prove e argomenti di prova*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1095 ss., que incluye abundantes referencias bibliográficas. En la doctrina alemana, que a través de Friedrich Stein individualizó la noción a la que se hace referencia (cf. Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, pp. 14 ss. —tr. cast., *El conocimiento privado del juez*, a cargo de A. de la Oliva, Madrid, 1990, pp. 17 ss.—), cf., en especial, Löber, *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprocess*, tesis doctoral, Kiel, 1972, y también Koch y Rüssmann (v. la nota siguiente).

Obviamente, el tipo de inferencia que puede formularse y la naturaleza de las conclusiones que pueden obtenerse dependen de las características del criterio que se use para vincular *X* a *Y*. Así, por ejemplo, se podrá obtener una inferencia deductiva idónea para producir una consecuencia cierta sobre *X* si el criterio es una regla general del tipo «siempre que *Y*, entonces *X*», mientras que se podrán obtener inferencias probabilísticas sobre la base de criterios del tipo «en el 76,83% de los casos de *Y* también se da *X*», o bien —y éste es el caso más frecuente— inferencias *vagas* fundadas en máximas de experiencia también vagas en la medida en que expresan únicamente toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común[80].

En cualquier caso, es el tipo de inferencia que puede ser formulado acerca de *X*, partiendo de *Y*, el que determina el grado de confirmación que puede atribuirse a la hipótesis sobre *X*. Siempre utilizando una notación numérica convencional, se puede decir que ese grado de confirmación es = 1 o, en todo caso, apto para atribuir a *X* el carácter de certeza, en el supuesto, extraño, de una inferencia deductiva[81], mientras que podrá tratarse de un valor intermedio entre 0 y 1 en todos los demás casos. Así, puede suceder que *Y* fundamente según un criterio adecuado una inferencia que haga muy probable la hipótesis sobre *X* y que, por tanto, pueda tener un grado de confirmación de 0,80 o 0,90, pero puede disponerse también de una inferencia que atribuya a la hipótesis un grado «débil» de confirmación (por ejemplo 0,20 o 0,30). Resulta útil recordar que, en el contexto representado por la lógica de hipótesis/confirmación el valor positivo, incluso cuando no es elevado, indica siempre un elemento de apoyo de la hipótesis, mientras que la diferencia entre ese valor y 1 no indica en absoluto el grado de fundamentación de la hipótesis contraria, sino sólo el ámbito

80. V., en particular, Taruffo, *Certezza e probabilità*, cit., *loc. cit.* Koch y Rüssmann (cf. *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 283 ss.) no tienen en cuenta este factor y, por un lado, definen las máximas de experiencia como generalizaciones empíricas, pero, por el otro, en realidad, toman únicamente en consideración los supuestos absolutamente marginales en que aquéllas equivalen a leyes generales o a frecuencias estadísticas exactamente determinadas (cf. las críticas a este punto de vista, *supra*, capítulo III, 3.3). Esto introduce un elemento altamente inaceptable en el modelo inferencial que ellos proponen, precisamente, con el fin de explicar el razonamiento del juez sobre los hechos; en especial, resulta infundada la tesis (sobre la que v., *ivi*, pp. 277 ss.) según la cual ese razonamiento seguiría en general un esquema deductivo.

81. Sobre este supuesto, posible pero muy infrecuente y que, en todo caso, no puede configurarse como una situación-tipo para todos los casos de empleo de máximas de experiencia, v., en especial, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 89 ss.

en que ese elemento específico de prueba *nada dice* sobre la hipótesis, es decir, la mantiene *en la duda*[82].

En general, de todos modos, el grado de confirmación que la inferencia fundada sobre *Y* atribuye a la hipótesis que concierne a *X* está determinado esencialmente por la naturaleza y las características del criterio que vincula *X* a *Y*: cuanto más seguro y preciso sea ese criterio, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis y, en cambio, se obtendrán únicamente confirmaciones «débiles» a partir de criterios genéricos, vagos y de fundamento cognoscitivo incierto[83].

En este sentido adquieren especial relevancia dos características de los criterios que se emplean para formular las inferencias entre hechos. La primera de ellas está referida al *contenido* del criterio y, específicamente, al tipo de vinculación que éste establece entre los hechos de la clase *X* y los de la clase *Y*. Podrá haber vinculaciones de orden general, del tipo «siempre que *Y*, entonces *X*», idóneas para fundar inferencias deductivas, o bien criterios estadísticos aptos para establecer la probabilidad/frecuencia de *X* dado *Y*, pero normalmente las máximas de experiencia enuncian criterios fundados sobre el *id quod plerumque accidit*, es decir, sobre generalizaciones incompletas o, en cualquier caso, vagas[84]. En todos esos casos se trata de inferencias inductivas en las que el grado de aceptabilidad de la conclusión (es decir, de la hipótesis sobre *X*) depende del tipo de vinculación entre *X* e *Y* y es, por tanto, tanto más bajo cuanto más indeterminada es esa vinculación.

82. V., *supra*, apartado 1.1.
83. La observación vale especialmente para aquellas hipótesis en las que la inferencia no se fundamenta siquiera en generalizaciones que, aunque vagas, sean reconducibles de alguna forma a la idea de «criterio» o de «regla», sino que recurre, en cambio, a imágenes, esquemas mentales, interpretaciones de hechos o de comportamientos (cf., en particular, Tillers, *op. cit.*, pp. 283 ss., 291 ss.). Se trata evidentemente de inferencias cuyo grado de vaguedad e incontrolabilidad es particularmente elevado, especialmente cuando no son reconducibles a reglas de inferencia o a generalizaciones identificables con un mínimo de precisión (así, Tillers, *ivi*, p. 284). El análisis de estos factores, por otra parte, corresponde más a la psicología que a la lógica del juicio, de forma que es difícil hablar en ese campo de estructuras nomológicas confrontables, aunque sea *per differentiam*, con los modelos bayesianos o baconianos (cf., en cambio, Tillers, *ivi*, pp. 280 ss.), que se presentan como racionalizaciones del juicio de hecho y no como explicaciones de procedimientos psicológicos. Sin embargo, incluso si se quiere admitir que caben en la estructura racional de las inferencias sobre los hechos elementos tan indefinibles (o al menos indefinidos), se está constreñido a admitir que éstos, por sí solos, pueden producir únicamente grados de confirmación racional muy bajos de la hipótesis sobre el hecho a probar. Como máximo, pues, esos elementos pueden ser considerados como factores añadidos o integrativos de inferencias que, en cualquier caso, deben estar fundamentadas en otros criterios más consistentes.
84. V. las referencias bibliográficas de las notas 79 y ss.

La segunda característica se refiere a la *fundamentación* del criterio de inferencia. Es obvio que la fuente de las máximas de experiencia es el sentido común o la cultura del hombre medio en una determinada situación espacio-temporal[85], pero esto no agota el problema. Puede suceder, en efecto, que aquellas máximas tengan una fundamentación más sólida, como cuando se trata de la vulgarización de leyes naturales o científicas o cuando resultan aplicables criterios de control estadístico[86], pero a menudo ocurre que su fundamentación es mucho más incierta o incluso insuficiente, como cuando se trata —más que de generalizaciones fundadas en la experiencia— de lugares comunes o de prejuicios difundidos. Está claro que también esta característica incide en el grado de aceptabilidad que la inferencia atribuye a la hipótesis sobre el hecho: ésta es menos aceptable, obviamente, cuanto más vago es el fundamento cognoscitivo del criterio empleado[87].

2.3. *La* cascaded evidence.– Una situación particularmente compleja, en el ámbito de la hipótesis referida a la prueba indirecta, se produce en el caso de la denominada *cascaded evidence*, es decir, cuando el elemento de confirmación de la hipótesis principal deriva de una cadena de pasos inferenciales del tipo $X \leftarrow A \leftarrow B \leftarrow C \leftarrow \ldots \leftarrow N$, donde *A*, *B*, *C* y *N* son hechos «secundarios», cada uno de los cuales es idóneo para fundar inferencias sobre el hecho «sucesivo»: el orden de la concatenación es el indicado por las flechas y la conclusión es la inferencia que versa sobre la hipótesis relativa al *factum probandum* *X*[88]. Resulta

85. V., una vez más, las referencias bibliográficas de las notas 79 y ss.
86. Sobre estos aspectos v., en particular, Koch y Rüssmann, *op. cit.*, pp. 326 ss., 341 ss.
87. No se plantea, al menos en este nivel, el clásico y complicadísimo problema de la confirmación de la inducción (al respecto v., por ejemplo, Cohen, *An Introduction*, cit., pp. 122 ss.). En efecto, el punto de referencia es aquí el sentido común y no el fundamento lógico o científico de las generalizaciones inductivas. Tiene sentido, sin embargo, observar que las nociones de sentido común pueden ser más o menos aceptables, del mismo modo que pueden ser verdaderas o falsas, y que esto no puede dejar de incidir en las consecuencias que el juez extrae de ellas.
88. Para la individualización y el análisis específico de esta situación v., en especial, Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 105 ss.; también Schum, *op. ult. cit.*, I, pp. 51 ss., y Cohen, *The Probable*, cit., pp. 68 ss., 267 ss. Cf. además Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, pp. 182 ss. La situación examinada equivale a la que analiza Wigmore con el nombre de *catenated evidence*: cf. Twining, *Theories of Evidence*, cit., pp. 35, 127, 142.
Las situaciones de *cascaded evidence* pueden ser más complejas que la que ha sido esquematizada en el texto. Así, puede suceder que *N* dependa, para su aceptabilidad, de inferencias extraídas a partir de circunstancias *a, b, c ... n* (v., *supra*, apartado 2), o también que sobre alguno de los elementos intermedios de la cadena (*A*, *B* o *C*) exista *tam-*

entonces evidente que el grado de apoyo del que dispone la hipótesis sobre *X* es el resultado de la cadena inferencial completa y de la función combinada de los grados de aceptabilidad de los distintos pasos que la componen.

Esta situación ha sido objeto de análisis por parte de la concepción cuantitativa de la probabilidad[89], pero la aplicación de los principios matemáticos vinculados a esa concepción no ha ofrecido resultados apreciables. En particular, se acaba admitiendo valores de probabilidad comprensiva demasiado bajos o exigiendo en cada paso valores de probabilidad excesivamente altos y, en cualquier caso, distintos respecto a los criterios prevalecientes en sede de valoración de las pruebas judiciales[90]. En cambio, muchas de las dificultades que surgen de la aplicación de la teoría matemática de la probabilidad quedan resueltas si la situación ahora analizada lo es a la luz de la lógica de la inferencia que produce grados de aceptabilidad.

La cadena de inferencias puede ser analizada, precisamente, como una serie de pasos inferenciales, cada uno de los cuales se fundamenta en un determinado criterio de inferencia y parte de una premisa que se asume como establecida en la medida en que ello resulte justificado. Si

bién una inferencia derivada de una circunstancia «externa» *d* o *f*, que refuerce su aceptabilidad. Al respecto v. los esquemas configurados por Schum, *op. ult. cit.*, II, pp. 33 ss.

89. Para análisis formales referidos a esa situación v., especialmente, Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 110 ss. 145 ss. Cf. también Bender, Röder y Nack, *op. y loc. ult. cit.*, y Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, London, [2]1983, pp. 37 ss., 237 ss.

90. También en esta situación, del mismo modo que en la examinada en el apartado anterior, los problemas derivan esencialmente de la aplicación del principio de transitividad, con la diferencia de que en el caso de las *cascaded inferences* ese principio produce inconvenientes aún más graves. En efecto, en la medida en que aumenta el número de pasos disminuye el valor final de probabilidad que deriva del producto de las fracciones que expresan los valores intermedios. Sin embargo, basta imaginar pocos pasos para comprender que este método produce resultados absurdos. Toménse, por ejemplo, las probabilidades intermedias A = 0,80, B = 0,80, C = 0,80. La probabilidad resultante es igual a su producto, es decir X = 0,504. Pero esto significa que la concatenación de tres inferencias, cada una de las cuales tiene un alto grado de probabilidad produce un resultado muy «débil». Obsérvese, además, que basta imaginar que B = 0,70 para obtener un resultado final de X = 0,448, es decir una hipótesis *no aceptable* (porque está dotada de un valor de probabilidad inferior a 0,50), como resultado de tres inferencias que están dotadas, todas ellas, de un grado elevado de aceptabilidad. Este resultado es inevitable según la regla de la transitividad, pero es contraintuitivo y califica como inaceptable una conclusión que, en cambio, está razonablemente justificada.

Sobre la aplicación del principio de transitividad y sus inconvenientes v., en especial, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 68 ss. Sin embargo, su aplicación está muy difundida: v., por ejemplo, Schum y Martin, *op. cit.*, p. 118; Bender, Röder y Nack, *op. cit.*, p. 182. Para una referencia general v. también Ferrajoli, *op. cit.*, p. 110 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 131 s.].

se toma en consideración, por ejemplo, el paso *A* - *B*, puede observarse que para estar válidamente formulado requiere que se disponga de un criterio de inferencia que permita vincular *B* a *A* y que *B* pueda ser asumido como premisa para esa inferencia. El problema parece surgir del hecho de que *B* es, a su vez, el resultado de una inferencia, fundada en *C*, que ha proporcionado un grado de confirmación intermedio entre 0 y 1 a la hipótesis sobre *B*. La dificultad de la teoría matemática nace del hecho de que tiende a vincular la inferencia que asume *B* como premisa al valor de probabilidad que se atribuye a *B* sobre la base de *C*, pero ésta parece una formulación inadecuada del problema[91]. En realidad, supuesto que la inferencia obtenida de *C* atribuya un determinado grado de confirmación a la hipótesis sobre *B*, corresponde al juez establecer si *B* puede ser usada racionalmente como premisa para una inferencia sucesiva, dado su grado de confirmación, o bien si esa adopción es irrazonable por ofrecer la hipótesis sobre *B* un margen de duda excesivo[92]. Si el grado de confirmación de la hipótesis sobre *B* es (considerado por el juez) demasiado bajo, la inferencia sucesiva no puede ser formulada por falta de la premisa y, por tanto, la cadena se interrumpe. En cambio, si el grado de confirmación es (considerado por el juez como) suficiente para asumir *B* como verdadero, entonces se dispone de la premisa para la inferencia sobre *A*: pero en ese caso la premisa *B* es asumida como «cierta» y el grado de confirmación de la hipótesis sobre *A* dependerá *únicamente* del criterio de inferencia que se use para vincular *B* con *A*[93]. El mismo argumento se repite en todos los eslabones de la cadena, incluido el último, es decir, en la inferencia que confiere un determinado grado de confirmación a la hipótesis referida al *factum probandum*.

Se trata, en resumen, de *no* aplicar a la cadena de inferencias la propiedad transitiva que, en cambio, sí está vinculada a la interpretación de las *cascaded inferences* en términos de probabilidad matemática. Esto permite tomar en consideración por separado cada eslabón de la cadena de forma que esté fundado en una premisa que sea racionalmente adoptada (por el juez) como cierta, así como configurar el grado de confirmación de cada hipótesis concreta de forma que esté determinado *únicamente* por el criterio de inferencia que se use para obtener conclusiones referidas a la fundamentación de esa hipótesis es-

91. V. la nota anterior.

92. V., *supra*, apartado 2.1, en lo que concierne a la elección relativa a las premisas de la inferencia.

93. V., *supra*, apartado 2.2, acerca de las características de los criterios de inferencia.

pecífica[94]. Todo esto resulta coherente y razonable, aunque implica un punto de vista distinto del de la probabilidad matemática.

Este modelo de análisis tiene una consecuencia muy relevante, a saber: admite que el grado de confirmación de la hipótesis sobre *X* que parte de *C* es la consecuencia de una cadena de diversos pasos inferenciales, pero la cadena de inferencias puede ser válidamente formulada hasta llegar a la conclusión referida a *X sólo si cada inferencia específicamente considerada produce conclusiones dotadas de un grado de confirmación capaz de legitimar una valoración de certeza por parte del juez.*

En otros términos, no importa la longitud de la cadena si cada uno de sus eslabones «se mantiene» dentro del ámbito de la racionalidad de la adopción de hipótesis para la inferencia sucesiva sobre la base de la inferencia precedente. Por otra parte, el grado de confirmación que al final se atribuye a la hipótesis sobre *X* no es una función *de todas las inferencias* que componen la cadena, sino sólo de la última y del criterio en el que ésta se fundamenta. Esa inferencia deriva de las precedentes en la medida en que sólo puede ser formulada si han sido válidamente formuladas las que le preceden, pero no es el resultado de aquéllas[95].

De este modo, el esquema de las *cascaded inferences* sigue siendo utilizable como método para atribuir un grado de confirmación a la hipótesis sobre *X*, pero lo es con una condición rigurosa, esto es, que ninguna inferencia de la cadena tenga un margen de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis «verdadera» sobre el hecho intermedio. En efecto, cada inferencia implica en realidad una elección del juez relativa a la posición de la premisa: siempre que el grado de confirmación de la hipótesis relativa no es = 1, como sucede en la mayoría de los casos, corresponde al juez decidir si supera la duda —definida por la diferencia entre el grado de confirmación y 1— y adopta como verdadera la proposición sobre el hecho intermedio a los efectos de proseguir con la cadena de inferencias, o bien si el margen de duda es demasiado elevado para justificar una operación de

94. Cf., en particular, la demostración de Cohen, *The Probable*, cit., pp. 267 ss. Obsérvese que, como se ha dicho en la nota 88, puede ocurrir que algunos eslabones intermedios de la concatenación (y, eventualmente, todos los eslabones) sean confirmados *también* por inferencias obtenidas a partir de circunstancias «externas» a la concatenación. Cada uno de esos eslabones puede así adquirir un grado de confirmación *adicional* respecto al que obtiene de la inferencia «interna». En resumen, *A* puede ser confirmado por *B*, pero también por circunstancias «externas» y «propias» de *A*: por tanto, la confirmación de *A* puede ser mayor, y parcialmente independiente, de la que obtiene a partir de *B*.

95. Cf. Cohen, *op.* y *loc. ult. cit.*

este tipo. Siendo ésta una decisión discrecional, no está ligada a criterios rígidos y vinculantes; no se trata, sin embargo, de una decisión completamente libre y arbitraria, sino de una decisión discrecional. Al respecto, el principal punto de referencia está constituido por el grado de confirmación que la proposición sobre el hecho recibe de la inferencia de la que constituye la conclusión, siendo evidente que la racionalidad de la adopción de ese hecho es más segura en la medida en que es más elevada la probabilidad lógica de la hipótesis respectiva, también en función —como ya se ha dicho— del tipo de criterio empleado para formular la inferencia concreta.

3. *Las combinaciones de pruebas*.–Una vez analizados algunos esquemas lógicos de las inferencias simples, en las que sólo un elemento de prueba se refiere a la hipótesis sobre el hecho, se pueden ya tomar en consideración los principales supuestos en los que el problema de la relación entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho se presenta de forma compleja, ya sea porque hay distintos elementos de prueba o bien porque hay distintas hipótesis referidas a los hechos de la causa.

Resulta oportuno, antes de entrar en el análisis de las distintas situaciones complejas, realizar algunas observaciones preliminares.

La primera observación es que el análisis que prosigue no pretende agotar todas las situaciones posibles, y mucho menos ofrecer un tratamiento sistemático de las mismas. Pretende, únicamente, examinar algunas de las principales situaciones complejas para mostrar cómo opera el modelo de la probabilidad lógica como grado de confirmación de las hipótesis sobre los hechos. En particular, no serán tomadas en consideración las hipótesis de intersección o de mezcla entre situaciones complejas: éstas se producen en la práctica, aunque no son muy frecuentes, pero pueden solucionarse mediante una mera extensión de los criterios que aquí se analizan.

La segunda observación hace referencia a una simplificación relevante que es oportuno introducir aquí en aras de la claridad del discurso: consiste en no tener en cuenta la diferencia entre los distintos tipos de prueba, que ha sido analizada en el apartado 2. Así, se hará referencia de forma genérica a «pruebas» o a «elementos de prueba», pero está implícito que cada ocurrencia puede aludir a pruebas directas, indirectas o a *cascaded inferences*. Es obvio que todos los supuestos que se examinarán pueden ser desarrollados indefinidamente articulando esas diferencias. Por otra parte, aquellas posibilidades, que aquí permanecerán implícitas, aumentan el potencial explicativo de las hipótesis más simples que serán tomadas en consideración.

La tercera observación preliminar está referida a la forma de representar las distintas situaciones probatorias en el ámbito del grado de confirmación de las hipótesis sobre los hechos. Considerando las hipótesis en las que se dispone de una sola prueba, se ha dicho que el valor probatorio del elemento de prueba puede ser representado en una escala de 0 a 1, incluyendo los extremos y entendiendo la referencia numérica únicamente como una forma de expresar ciertas relaciones y no como una cuantificación de éstas. Se ha dicho también que, si se dispone de una única prueba, el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho que aquélla determina puede ser expresado también con valores de 0 a 1, siendo sustancialmente equivalente al valor de la prueba disponible[96].

Está claro que este esquema no puede ser aplicado integralmente en los casos en los que existan diversos elementos de prueba. En esos casos se puede conservar la escala de valores de 0 a 1 para indicar el valor de cada prueba concreta, pero evidentemente no puede usarse la misma escala para representar el grado conjunto de probabilidad de la hipótesis sobre el hecho, como, en cambio, sí se hace en la versión bayesiana del cálculo de probabilidad. En su momento se observó que esta representación del problema quizás sea funcional para la aplicación de aquel cálculo, pero provoca distorsiones relevantes de las situaciones «reales» que se producen en sede probatoria[97]. Como también se ha dicho ya, una adecuada representación del grado conjunto de confirmación de la hipótesis sobre el hecho se puede obtener pensando en una escala de valores 0 → ∞, es decir, sin predeterminar el «techo» de los valores posibles[98]. Por tanto, se dispone de dos escalas de valores, una de ellas, de 0 a 1, que se usa respecto de cada medio de prueba concreto para indicar su específico valor probatorio en relación con la hipótesis sobre el hecho; la otra, de 0 a ∞, que puede ser usada para representar el grado de confirmación conjunto que diversos elementos de prueba atribuyen a aquella hipótesis. Se trata, intuitivamente, de dos escalas compatibles entre sí desde el punto de vista cuantitativo: en algún sentido, el problema de las situaciones probatorias complejas es el problema de sus posibles combinaciones, es decir, de la forma en que los valores de los concretos elementos de prueba se combinan para producir la probabilidad lógica conjunta de la hipótesis sobre el hecho.

96. V., *supra*, apartado 2.2.
97. V., *supra*, apartado 1.1.
98. V., *supra*, apartado 2.

3.1. *Las pruebas sobre hechos complejos*.–La primera situación que es necesario tomar en consideración es aquella en que la hipótesis sobre el hecho no es simple y unitaria porque, en realidad, el hecho a probar está constituido por una serie de hechos distintos o bien porque son relevantes distintas características del mismo «estado de cosas» empírico. Se dispondrá entonces de diversos elementos de prueba que, por simplicidad, pueden suponerse referidos cada uno de ellos a un hecho o a una circunstancia del supuesto de hecho[99] (según el esquema P1→H1; P2→H2; ... Pn→Hn). Se trata, como es fácil observar, de una situación común en la práctica judicial, donde es muy poco habitual que el hecho a probar esté constituido por un único evento «simple» definido por una sola característica relevante.

Sin embargo, esta situación ha creado problemas tan graves a la doctrina que emplea la versión bayesiana de la probabilidad matemática que ha sido, en realidad, una de sus principales razones de crisis. Esa doctrina, en efecto, aplica en este caso la regla de la conjunción, en virtud de la cual todas las proposiciones relativas a todos los elementos del hecho deben ser consideradas conjuntamente (como si constituyeran una sola hipótesis sobre el hecho), calculando conjuntamente los grados de probabilidad relativos a los específicos elementos de prueba para obtener un grado conjunto de probabilidad que valga para todos los elementos del hecho o bien para el hecho considerado en su conjunto[100]. Pero, más allá del hecho de que esta consideración conjunta no es inevitable ni especialmente útil, las modalidades matemáticas del principio de conjunción hacen casi imposible o insensato el cálculo bayesiano en la situación examinada. El valor de probabilidad conjunto es común a cada elemento concreto del hecho, y es siempre muy bajo. Sucede así por razones que tienen que ver con la estructura del cálculo y que son independientes del valor de los específicos elementos de prueba; las complicaciones aumentan, y el grado conjunto de pro-

99. Es posible, obviamente, que se disponga de una prueba (una declaración testifical, un documento, etc.) que se refiera a más de un hecho o a más de una circunstancia del mismo hecho, pero esta eventualidad no tiene una relevancia especial desde el punto de vista que aquí interesa. En efecto, sigue siendo válida la posibilidad de considerar a cada medio de prueba en relación con los hechos específicos, individualmente considerados, a los que aquéllos se refieren.

100. A este respecto, v., en particular, Lempert, *The New Evidence Scholarship*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 69 ss.; Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 112 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 252 ss.; Allen, *op. cit.*, p. 24; Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, en *Harv. L. Rev.* 98, 1985, pp. 1385 ss.; Levi, *Consonance, Dissonance and Evidentiary Mechanism*, en *Evidentiary Value*, cit., pp. 27 ss.; Freeling y Sahlin, *Combining Evidence*, *ivi*, pp. 58 ss.

babilidad disminuye, en la medida en que aumentan el número de circunstancias que deben ser determinadas[101].

La tendencia del cálculo bayesiano a no resultar utilizable en situaciones frecuentes en la práctica y el hecho de que produzca resultados numéricos inservibles constituyen dificultades graves del modelo fundado en ese cálculo[102], pero son éstos los problemas que ahora interesan principalmente. El elemento más relevante es que introduce una distorsión en una situación que, en cambio, no crea particulares dificultades si se observa a la luz de otros esquemas como, por ejemplo, el de la probabilidad lógica.

Así, no hay ninguna necesidad, frente a diversos hechos o a un «hecho» compuesto por distintas circunstancias o caracterizado por distintas modalidades, respecto de cada una de las cuales existan distintos elementos de prueba, de suponer que todo ello deba sintetizarse en una sola hipótesis dotada de un grado unitario de probabilidad[103]. Nada impide, al contrario, dividir el «hecho» en distintas subhipótesis, de las que se tendrá el grado de probabilidad lógica que los respectivos elementos de prueba puedan atribuirles[104]. En efecto, es lógica y prácticamente posible que distintas circunstancias tengan distintos grados de confirmación sobre la base de las pruebas y también que algunas de ellas resulten confirmadas y otras no[105]. No hay razón alguna para pensar que un conjunto de circunstancias deba ser necesariamente «todo verdadero», «todo falso» o «todo igualmente probable»: es posible que la realidad sea en parte distinta de esta o aquella representación que se

101. V., en particular, Allen, *op. cit.*, p. 25; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 59 ss.

102. Se han sucedido distintos intentos de resolver estos problemas (v., por ejemplo, Levi, *op. cit.*, y Freeling y Sahlin, *op. cit.*), pero no parece que hayan producido resultados satisfactorios. En cambio, resulta claro que han producido complicaciones suficientes para hacer casi inaplicable el cálculo matemático en situaciones probatorias mínimamente complejas.

103. La regla de la conjunción lleva a calcular ese grado unitario, pero esto vale sólo en el interior del cálculo matemático de las probabilidades y seguramente no vale en el proceso. No tiene utilidad alguna, en realidad, tratar de establecer cuál es la probabilidad conjunta de todos los hechos o de todas las circunstancias relevantes, sobre la base de todos los elementos de prueba disponibles: este dato quizás pueda obtenerse con cálculos (de impresionante complicación), pero no dice nada significativo desde el punto de vista probatorio.

104. Cf., por ejemplo, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 265, 277 ss.; Nesson, *op. cit.*, pp. 1387 ss.; Allen, *op. cit.*, p. 36.

105. Basta considerar que de dos hechos alegados en juicio uno de ellos puede ser verdadero y el otro falso: decir que en ese caso su probabilidad conjunta es = 0 porque 1 x 0 = 0 significa distorsionar la realidad o, en todo caso, obtener un dato inútil. Si se dispone de pruebas sobre un hecho y no sobre otro, es absurdo decir que ninguno de los dos hechos ha sido probado por la única razón de que uno de ellos carece de prueba.

asume como hipótesis sobre el hecho y que los elementos de prueba disponibles reflejen esa falta de correspondencia total. En otros términos, puede resultar a partir de las pruebas un cuadro de las circunstancias de hecho *distinto* del que había sido inicialmente supuesto, del mismo modo que puede resultar que las hipótesis sobre las distintas circunstancias tengan fundamentos distintos sobre la base de sus respectivos elementos de prueba. Por ejemplo, es posible que se establezca con un elevado grado de aceptabilidad la dirección en que circulaba un vehículo, pero que haya un margen de duda mayor, o que no haya ninguna prueba realmente convincente, sobre el hecho de que la velocidad superara un determinado límite.

En resumen, cuando la hipótesis sobre el hecho es compleja porque versa, en realidad, sobre distintas circunstancias, no hay nada extraño desde el punto de vista cognoscitivo ni contradictorio lógicamente en la posibilidad de que los elementos de prueba disponibles atribuyan grados de confirmación distintos a las diversas subhipótesis que se refieren a cada circunstancia concreta. Es más, ésta es la situación que normalmente se produce en el proceso cuando se dispone de distintas pruebas referidas a circunstancias de hecho diversas. En cuanto a la decisión que en esta situación puede adoptar el juez, el criterio general es bastante obvio: es racional considerar probadas aquellas circunstancias que tienen un grado de confirmación adecuado y no probadas aquellas que tienen un grado de confirmación = 0 o tan bajo que el margen de duda respecto de ellas haría irracional considerarlas «verdaderas»[106]. La decisión en derecho deberá, obviamente, tomar en consideración qué circunstancias están probadas, aunque sea con grados de confirmación distintos entre ellas, y qué circunstancias no están probadas por tener un grado de confirmación 0 o, en todo caso, demasiado bajo para justificar otra decisión. Sin embargo, *este* problema ya no tiene que ver con la determinación de los hechos, sino que versa sobre la relación entre las circunstancias de hecho, que resultan determinadas sobre la base de las pruebas, y el supuesto de hecho jurídico sobre el que inicialmente se estableció la hipótesis compleja sobre el hecho a probar. Desde este punto de vista, puede suceder también que la determinación *parcial* de las circunstancias (por haber obtenido algunas de ellas un grado de confirmación demasiado bajo para considerarlas «verdaderas») no integre ese supuesto de hecho jurídico y, por tanto, no cumpla las condiciones de hecho necesarias para la aplicación de una determinada norma. Pero ésta es una posibilidad *de iure*

106. V., en particular, Nesson, *op. cit.*, p. 1388; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 265 ss.

que puede producirse *después* de la adopción y la valoración de las pruebas y que, en consecuencia, no puede condicionar *ex ante* el método para su análisis.

3.2. *Las pruebas convergentes.*–Una situación que es, en algún sentido, ulterior a la recién estudiada es aquella en que se dispone de distintas pruebas respecto de la misma hipótesis sobre el hecho. Obviamente, puede tratarse de pruebas directas, indirectas o de *cascaded inferences*, pero no es esto lo importante en este momento. Es la pluralidad de pruebas sobre la misma hipótesis lo que crea problemas para el establecimiento de su grado de confirmación: se trata de establecer cómo se realiza la valoración conjunta de los elementos de prueba disponibles. Al respecto, resulta útil distinguir dos supuestos principales[107]: el primero es aquel en que los elementos de prueba son convergentes; el segundo es aquel en el que los elementos de prueba son contradictorios o divergentes.

Se está ante la situación de convergencia de distintos elementos de prueba respecto de la misma hipótesis cuando todos ellos tienden a producir el mismo resultado[108]. Este resultado es la confirmación de la hipótesis sobre el hecho *X*, de forma que se da la situación examinada cuando, por ejemplo, existe una prueba directa de *X* y una prueba indirecta, es decir, una prueba que demuestra la existencia de un hecho

107. No siempre esta distinción está clara en los análisis de situaciones caracterizadas por la pluralidad de elementos de prueba, lo que produce notables confusiones: cf. Allen, *op. cit.*, pp. 25 ss., 36 ss.; Schum, *Probability*, cit., pp. 237, 252.

108. Para una individualización más precisa de esta situación y para su análisis formal, cf. Schafer, *A Mathematical Theory*, cit., pp. 57 ss., 73 ss. V., además, Schum, *op. ult. cit.*, p. 237; Id., *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 214 ss.; Cohen, *The Probable*, cit., pp. 58 ss., 93 ss., 277.

En el texto se examina la situación que ha sido definida como *cumulative redundancy* (v., en especial, Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 148 ss., 156 ss., 174 ss., 216 ss.; Id., *Probability*, cit., p. 253), es decir, aquella en que se da la convergencia de distintos elementos de prueba respecto de la misma hipótesis sobre el hecho. Es preciso distinguir de esta situación, aunque a veces no se haga (para definiciones confusas, v., por ejemplo, Schum y Martin, *op. cit.*, p. 113) la denominada *corroborative redundancy* o *corroboration*, que se produce cuando distintos elementos contribuyen a reforzar la eficacia de un elemento de prueba concreto, por ejemplo convergiendo en la hipótesis de la existencia del hecho secundario del que es posible extraer inferencias sobre el hecho principal (cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 156 ss., 170 ss., 214 s.). Las dos nociones son estructuralmente análogas, dado que en ambas se dispone de distintos elementos que convergen hacia una misma conclusión; sin embargo, se refieren a situaciones distintas, tratándose en el primer caso del problema de la valoración conjunta de las pruebas, y en el segundo, del problema de la determinación del hecho secundario apto para fundar *una* prueba indirecta.

secundario del que es posible extraer una inferencia relativa a la hipótesis sobre *X*. Al tener que establecer el grado de confirmación resultante que las pruebas atribuyen a esa hipótesis, puede intuirse que debe derivarse, de algún modo, de la combinación de los distintos elementos de prueba. Sin embargo, incluso suponiendo que el valor de cada elemento de prueba esté exactamente definido, no está claro en absoluto de qué forma debe realizarse aquella combinación.

Este problema, que se presenta muy a menudo en la práctica judicial, ha constituido uno de los principales casos de aplicación del análisis en términos de probabilidad matemática, ya desde Bernoulli y Boole[109], y es la hipótesis principal de aplicación del teorema de Bayes, además de otras elaboraciones, como la de Schafer[110]. No obstante, a pesar de la amplitud y el número de estas contribuciones, no puede decirse que se haya alcanzado un análisis satisfactorio del problema del conocimiento del grado de confirmación que distintos elementos de prueba convergentes atribuyen a la misma hipótesis sobre el hecho.

Respecto de la aplicación del teorema de Bayes, la objeción principal es que presupone la determinación de las *prior probabilities*, que en la mayoría de los casos es imposible en el proceso, y su relevancia determinante en el cálculo, siendo también este aspecto al menos discutible[111]. Objeciones análogas valen también para los otros modelos de cálculo de las probabilidades combinadas, que implican sustancialmente las mismas premisas o que, en cualquier caso, producen resultados escasamente significativos en el ámbito del proceso[112].

Más allá de los aspectos específicamente matemáticos de estos modelos queda, por otra parte, una consideración de fondo referida a si reflejan efectivamente la situación probatoria que aquí se está discutiendo, es decir, si resuelven el problema de establecer cuál es el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho cuando sobre la misma existen elementos de prueba convergentes. La respuesta a esta pregunta es, en diversos casos, negativa. A veces, en efecto, lo que produce el cálculo de la probabilidad no es *ese* dato sino algo distinto, como por ejemplo la probabilidad de que dos pruebas sean contemporáneamente verdaderas[113].

109. V. las referencias en Cohen, *The Probable*, cit., p. 95.

110. Cf. Id., *A Mathematical Theory*, cit., *loc. ult. cit.* Para otros análisis matemáticos del problema v. Levi, *op. cit.*; Freeleng y Sahlin, *op. cit.*; Schum y Martin, *op. cit.*, pp. 113, 145 ss.

111. Sobre estos puntos v., más ampliamente, *supra*, capítulo III, 3.1 y 3.3.

112. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 95 ss., 99 ss.

113. Cf. Cohen, *ivi*, pp. 95 ss.

Una objeción análoga vale también para la teoría propuesta por Schafer[114]. Ésta evita el problema de las *prior probabilities* y utiliza una conceptualización distinta de la bayesiana, basándose, en cambio, en el concepto de ortogonalidad de las funciones de creencia[115]. Se trata de una perspectiva interesante, que pretende configurar la combinación de distintos elementos de prueba convergentes como el producto de las respectivas funciones o su intersección[116]. Esto equivale a decir que el objetivo es siempre individualizar un «lugar» conceptual caracterizado por la coincidencia de las dos funciones, es decir, la hipótesis en la que todos los elementos de prueba son aceptables, individualizando el cálculo matemático relativo a *esta* situación. Pero esto no se corresponde con la situación que se produce en el proceso cuando distintos elementos de prueba convergen en una misma hipótesis: lo que importa es, en efecto, el grado de apoyo que prestan a la hipótesis los elementos de prueba, no la probabilidad conjunta de éstos últimos[117].

Si existen, por ejemplo, dos circunstancias *A* y *B*, de las que pueden extraerse inferencias acerca de la existencia de *X*, no interesa calcular la probabilidad conjunta de *A* y *B*, en el caso de que se conozca el grado de aceptabilidad de *A* y el de *B*. Lo que interesa es tomar en consideración las inferencias que *A* y *B* fundamentan respecto de *X* y comprobar si resulta confirmada la hipótesis sobre *X*. Sobre la base de cuanto se ha dicho al examinar las modalidades de valoración de la prueba única, esto presupone que el juez asuma *A* o *B* como premisas *válidas* para la inferencia sobre *X*, independientemente del hecho de que *A* y *B* tengan respectivamente un determinado «grado». La variabilidad no está, pues, representada por los «valores» de *A* y *B*, sino por los criterios que se usen para vincular *A* a *X* y *B* a *X*. Cada una de estas inferencias produce un determinado grado de confirmación de la hipótesis sobre X[118]: así, por ejemplo, se podrá tener $A \rightarrow X = 0{,}70$ y $B \rightarrow X = 0{,}90$; o bien $A \rightarrow X = 0{,}10$ y $B \rightarrow X = 1$, etc., recordando siempre que esos números representan exclusivamente el grado de confirmación que la hipótesis sobre *X* recibe, respectivamente, de *A* y de *B* (no la probabilidad de *A* y de *B*).

El mismo discurso vale, con mayor razón, cuando hay dos declaraciones testificales T1 y T2 relativas al hecho *X*, cada una de las cuales tiene su propio grado de aceptabilidad (supongamos que T1 = 0,70 y T2 = 0,80), establecido sobre la base de sus respectivos elementos de valoración[119]. En ese caso, lo que interesa no es calcular el grado de probabilidad de la hipótesis conjunta de que ambos testigos digan la verdad: un dato de este tipo no equivale en absoluto al grado de confirmación de la hipótesis sobre *X* y no interesa por sí mismo en el proceso. En efecto, si el problema es conocer de qué forma y en qué grado T1 y T2 confirman la hipótesis sobre *X*, lo que importa son los respectivos grados de aceptabilidad y la influencia que éstos tienen sobre esta hipótesis. En realidad, que ambos testigos digan la verdad ha sido ya establecido en sede de valoración de la aceptabilidad de la prueba, con el grado de 0,70 para T1 y 0,80 para T2, de forma que no se entiende por qué debe ser aún *este* punto —y no el grado de confirmación de la hipótesis sobre *X*— el objeto exclusivo del cálculo.

Parece, en cambio, razonable suponer que si el problema es establecer el grado de confirmación conjunto de la hipótesis sobre *X*, estando presentes distintos elementos de prueba que tienen un valor, cada uno de ellos, representado por un número entre 0 y 1 (ambos incluidos), el único modo posible de racionalizar la convergencia de los elementos de prueba es el de *sumar* sus respectivos valores, obteniendo de esta forma el grado conjunto de confirmación de la hipótesis sobre *X*[120]. Esto implica reconocer —contrariamente a lo que hacen

114. Cf. *A Mathematical Theory*, cit., pp. 57 ss., 74 ss., 219 ss.. Para un análisis de la teoría de Schafer v. Schum, *Probability*, cit., pp. 235 ss., 240; Id., *Evidence and Inference*, cit., p. 226.

115. Cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 58 ss.

116. Cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 59, 62 ss.

117. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 107 ss.

118. Esto presupone, como resulta de los análisis de la «convergencia», que los elementos de prueba son independientes entre sí, es decir, que *A* no esté determinado en función de *B* o viceversa. Esto es obvio cuando se trata de elementos de prueba verdaderamente *distintos*, pero implica la irrelevancia de su probabilidad conjunta y que el único dato relevante sea, precisamente, el de las inferencias autónomas que puedan realizarse de los elementos de prueba «hacia» la hipótesis sobre el hecho. Sobre el principio de independencia de los elementos de prueba convergentes, cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 279 s.; Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 127 ss., 147 ss., 247 ss.

119. A diferencia de lo que sostiene Cohen (*op. ult. cit.*, p. 278), el valor de una declaración testifical no aumenta cuando es coherente o convergente con otra. Dos declaraciones testificales convergentes pueden ser ambas falsas y cada una de ellas no resulta menos falsa por el solo hecho de no ser aislada. Aparte de esto, la presencia de dos o más pruebas aceptables y convergentes incrementa el grado de fundamentación de la hipótesis sobre el hecho en el que convergen, no el grado de aceptabilidad de cada elemento de prueba concreto.

120. La idea de sumar los valores relativos a los elementos de prueba concretos no implica que se trate de modelo de cálculo especial, en contraste con el de Schafer o con las distintas aplicaciones del teorema de Bayes. Se trata, en cambio, de una forma particularmente elemental de racionalizar el significado de la convergencia de distintos elementos de prueba hacia una misma hipótesis sobre el hecho. Como ya se aclarado anteriormente, en el contexto de la probabilidad lógica el recurso a notaciones numéricas, y también a sus respectivas operaciones, es puramente convencional y no denota una verdadera cuantificación de los elementos que entran en la valoración del juez.

las versiones bayesianas— que este grado conjunto puede ser superior a 1, pero esto —como ya se ha visto en su momento— no constituye un problema fuera del contexto bayesiano.

Así, si se dispone de declaraciones testificales convergentes con valores 0,70 y 0,80, esto significa que conjuntamente atribuyen a la hipótesis sobre *X* un grado de confirmación superior al que se derivaría de cada una de ellas individualmente considerada. Dejando a un lado lo que se dirá más adelante acerca del orden de adquisición de las pruebas, el grado conjunto es, en este caso, de 1,50 (siempre recordando que también aquí se trata sólo de una forma de expresar una situación y no de una verdadera y estricta cuantificación). Análogamente, si las inferencias obtenidas de los hechos secundarios *A* y *B* tienen, respectivamente, los valores 0,10 y 1, el grado conjunto será 1,10, si tienen valores de 0,80 y 0,90 aquél será de 1,70, etcétera.

Dado que no hay teóricamente límite para el número de elementos de prueba utilizables, no es posible prefijar un límite teórico al grado conjunto de confirmación de la hipótesis sobre *X*; además, el método de la suma de los grados de confirmación de cada elemento de prueba parece el único capaz de dar cuenta de varios fenómenos, como la posibilidad de que varios elementos de prueba cooperen en distinta medida para determinar la probabilidad lógica conjunta de *X*, así como que el valor de esta probabilidad aumente en función del incremento de los elementos de prueba y en función del valor específico de cada uno de ellos[121].

3.3. *Las pruebas en conflicto*.–Problemas análogos a los anteriores, aunque con mayor complejidad, se plantean cuando se dispone de un conjunto de elementos de prueba distintos que no sólo no convergen hacia un mismo resultado sino que están en conflicto entre sí y en referencia a la hipótesis sobre el hecho[122]. Esto es, se trata de la situación en la que algunas pruebas confirman (directa o indirectamente) la hipótesis sobre el hecho, mientras que otras la niegan. Obviamente, son tomadas en consideración únicamente las pruebas que tienen un resultado preciso, positivo o negativo, y no aquellas «fallidas». Así, por ejemplo, para que se disponga de un elemento de prueba negativo no basta que el testigo diga que no recuerda los hechos, porque en este caso no se tiene ninguna prueba, ni en un sentido ni en otro. Del mismo modo, no se tiene una prueba indirecta negativa cuando a partir de un hecho supuestamente secundario no es posible, en realidad, obtener inferencia alguna acerca del hecho principal, dado que en ese caso se tiene sólo una circunstancia irrelevante; para que se disponga de una prueba negativa es necesario, en cambio, que el hecho secundario funde una inferencia cuya conclusión niegue la hipótesis de la existencia del hecho principal[123].

121. Una de las críticas más eficaces a la teoría bayesiana es precisamente que ésta no da cuenta de la modificación progresiva de la situación en función de la adición de nuevos medios de prueba (v., en particular, Brilmayer, *Second-order Evidence and Bayesian Logic*, en *Probability and Inference*, cit., pp. 160 ss.).

122. Sobre esta situación v., en particular, el análisis de Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 82 ss., 225 ss., 280 ss., y de Schum, *Probability*, cit., p. 252, e Id., *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 182 ss.

También cuando el conjunto de elementos de prueba disponibles es contradictorio, en el sentido de que existen elementos de prueba positiva y negativa en conflicto entre sí, el problema es establecer el grado conjunto de apoyo que esos elementos atribuyen a la hipótesis sobre el hecho. Es evidente, sin embargo, que este problema se plantea en términos distintos y mucho más complejos respecto de la situación en la que existían diversas pruebas convergentes hacia la confirmación de la misma hipótesis. Por un lado, en efecto, en el caso de las pruebas contradictorias es necesario tomar en consideración la eventualidad de que la hipótesis acabe teniendo un grado final de confirmación = 0, lo que, obviamente, no sucede en el caso de las pruebas convergentes. Por otro lado, el grado de confirmación final de la hipótesis se deriva, evidentemente, de la combinación de los resultados de las distintas pruebas, pero el resultado de esa combinación no es intuitivamente previsible. No es siquiera verdadero *a priori* que un conjunto contradictorio produzca siempre un grado de confirmación inferior al producido por un conjunto convergente, porque puede suceder que éste atribuya a la hipótesis sobre el hecho un grado de confirmación limitado y que, en cambio, un conjunto contradictorio en el que las pruebas positivas prevalezcan ampliamente sobre las negativas puede ofrecer a esa hipótesis un grado de confirmación elevado.

El problema fundamental es, pues, la forma en que se analizan y valoran las pruebas que componen un conjunto contradictorio. Este problema no se resuelve simplemente pensando en alguna suerte de suma algebraica entre elementos de prueba positivos y negativos y tampoco suponiendo que, de alguna forma no precisada, los elementos negativos «cancelen» o «reduzcan» a los positivos o viceversa[124].

123. En general, sobre el concepto de *evidence* negativa cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 255 ss., 261 ss.

124. Es obvio, en efecto, que si a una declaración testifical positiva sobre *X* le sigue una declaración negativa no se puede decir que la segunda «anula» o «compensa» la pri-

La valoración de los efectos de un conjunto de elementos de prueba en conflicto requiere una elaboración más sofisticada: no es casualidad que esta situación sea siempre el banco de prueba más difícil y problemático de las distintas teorías con las que se ha intentado racionalizar la incertidumbre derivada de la contradictoriedad interna del conjunto de las pruebas disponibles[125]. Sin embargo, esas teorías no siempre parten de una adecuada definición de los términos del problema, de forma que en lugar de tomar en cuenta los resultados de las distintas teorías vale la pena intentar formular una redefinición completa del problema mismo, aunque sólo sea en una primera aproximación.

Frente a la existencia de pruebas contradictorias o en conflicto respecto de la hipótesis sobre *X*, puede observarse que, en realidad, se está ante dos hipótesis contradictorias acerca del hecho *X*: una de ellas (que se puede representar como *VX*) es sostenida por algunos elementos de prueba y afirma que *X* ha sucedido; la otra (que se puede representar como *FX*) es sostenida por otros elementos de prueba y afirma, en cambio, que *X* no se ha producido. No importa si ambas hipótesis han sido o no expresamente formuladas en las alegaciones preliminares: lo importante es que, en cualquier caso, estén incluidas en el contexto definido por un conjunto contradictorio de elementos de prueba. Es necesario tener en cuenta ese dato en el análisis de los resultados que se deriven de esos elementos.

Desde el punto de vista lógico, se puede observar que necesariamente una de las dos hipótesis, *VX* o *FX*, tiene que ser válida, de forma

mera, o viceversa, si no es en términos de un tosco psicologismo. De hecho, todas las pruebas, también las que están en conflicto o contradictorias, existen y son por tanto objeto de valoración bajo el punto de vista de la relación inferencial que tienen con la hipótesis sobre el hecho. Tanto la prueba positiva como la prueba negativa son valoradas; ambas determinan la decisión sobre el hecho y la forma en que esto se realiza es precisamente el objeto de análisis que se desarrolla en el texto. Además, la determinación de la probabilidad lógica supone que *todos* los elementos de prueba sean tenidos en consideración, independientemente de su contenido específico (cf. Benenson, *op. cit.*, pp. 23 ss., 49 ss.).

125. Para el análisis bayesiano de esta situación cf. Schum y Martin, *op. cit.*, p. 112; Schum, *Probability*, cit., p. 252; Id., *Evidence and Inference*, cit., I, p. 211. Obsérvese, por otra parte, que en la doctrina bayesiana esta situación no es más que un caso particular de la situación de convergencia. Por ello, valen también a este respecto las consideraciones ya formuladas acerca de la inadecuación del cálculo bayesiano: también Schafer, *A Mathematical Theory*, cit., pp. 82 ss., 255 ss., se ocupa del conflicto entre elementos de prueba, pero desde el punto de vista de la combinación de pruebas en conflicto, no del de los grados de confirmación de hipótesis alternativas sobre el hecho, fundamentadas en distintos elementos de prueba. En el sentido del texto, es decir, entendiendo que la *disonancia* entre elementos de prueba caracteriza la presencia de diversas pruebas referidas a distintas hipótesis, v., en cambio, Levi, *op. cit.*, p. 30.

que, en abstracto, cada una de las hipótesis tiene un grado de probabilidad de 0,50 sobre una escala de valores 0 → 1. Los elementos de prueba disponibles deberían modificar esta situación de equilibrio, atribuyendo a *VX* un valor superior a 0,50 y, por tanto, a *FX* un valor correlativamente inferior, o viceversa[126]. Sin embargo, esta representación no parece adecuada: por un lado, considerar que la suma de los valores de las pruebas disponibles, o de las hipótesis disponibles, debe ser = 1 es funcional al cálculo de la probabilidad estadística pero no es intrínsecamente necesario y, además, implica la consideración adicional —a su vez injustificada— de que el margen de incertidumbre sobre una hipótesis es el grado de probabilidad de la hipótesis contraria[127]. Por otro lado, resulta lícito dudar de que este esquema sea idóneo para representar adecuadamente las situaciones procesales en las que algunos elementos de prueba ofrecen apoyo a *VX* y otros, en cambio, a *FX*[128].

También en la situación que ahora se está considerando parece oportuno analizar adecuadamente la relación entre las hipótesis sobre el hecho y sus respectivos elementos de prueba.

Este análisis puede realizarse, y resulta relativamente simple, si se distinguen las dos hipótesis *VX* y *FX*. El hecho de que existan elementos de prueba positivos significa que *VX* puede tener un cierto grado de confirmación y el hecho de que existan elementos de prueba negativos significa que también *FX* puede tener un cierto grado de confirmación. Desde el punto de vista de la situación probatoria que en concreto se produce, no hay ninguna complementariedad entre las dos situaciones y nada dice que el grado de confirmación de una hipótesis deba estar necesariamente vinculado al de la otra[129]. En efecto, el grado de confirmación se obtiene de los elementos de prueba específicamente referidos a la hipótesis concreta y no de otros factores.

Se tratará, entonces, ante todo de establecer cuál es el grado de confirmación de *VX* sobre la base de los elementos de prueba positivos y cuál es el grado de confirmación de *FX* sobre la base de los elemen-

126. En lo sustancial, ésta es la perspectiva bayesiana, sobre la que pueden verse las referencias incluidas en las notas precedentes.

127. Para la inaceptabilidad de estas consideraciones v., *supra*, apartado 1.1 y capítulo III, 3.1.

128. Cf. Cohen, *The Probable*, cit., pp. 74 ss.

129. Como ya se vio en su momento (*supra*, apartado 1.1 y capítulo III, 3.1), éste es el principio según el cual *VX* y *FX* son complementarias, en el sentido de que su suma es siempre = 1, de forma que el grado de confirmación de una de las hipótesis aumenta con la disminución del de la otra. Este principio es típico del cálculo cuantitativo de la probabilidad/frecuencia, pero no es en absoluto necesario en otros contextos.

tos de prueba negativos. Al respecto, son válidas, obviamente, las observaciones ya realizadas acerca de las modalidades de determinación del valor de cada elemento de prueba y respecto de la determinación del grado de confirmación de una hipótesis sobre la base de pruebas convergentes[130]. En muchos sentidos, la situación que se está examinando es reconducible a los análisis ya realizados: tanto para *VX* como para *FX* se trata, en realidad, de grados de confirmación sobre la base de las pruebas respectivamente relevantes, que pueden ser una o más de una, directas o indirectas.

Por tanto, *VX* puede tener, por ejemplo, un grado de confirmación = 1,70, en la medida en que haya una declaración testifical directa con un valor de 0,80 y varios hechos secundarios que funden inferencias con valores de 0,40 y 0,50. Por su lado, *FX* puede tener, por ejemplo, un grado de confirmación de 1,50 porque disponga de dos declaraciones testificales con valores de 0,40 y 0,50 y de algunos hechos secundarios que funden inferencias con valores de 0,30 y 0,30, respectivamente. Obviamente, los valores y esquemas pueden cambiar infinitamente: el ejemplo sólo sirve para mostrar que *VX* y *FX* pueden tener cualquier grado de confirmación, determinado exclusivamente por la suma de los valores relativos a los respectivos elementos de prueba.

Como ya se ha dicho, desde el punto de vista lógico la hipótesis acerca de la existencia de *X* no puede ser más que verdadera o falsa; esto no excluye, sin embargo, que desde el punto de vista probatorio, y hasta que la decisión no haya sido formulada, cada una de las dos hipótesis pueda tener su propio grado de confirmación sobre la base de sus respectivos elementos de prueba.

Los grados de probabilidad lógica que, de esta forma, se atribuyen a *VX* y *FX* no están vinculados entre sí y mucho menos son complementarios, al no estar situados sobre una misma escala de valores y no tener un límite las escalas de valores que se refieren al grado de confirmación de las hipótesis sobre *X*. Además, en el contexto confirmación/hipótesis la probabilidad de la hipótesis negativa no es el complemento de la probabilidad de la hipótesis positiva: el complemento conceptual del grado de confirmación de la hipótesis negativa es la mera plausibilidad de la existencia de X[131].

Así pues, en resumen, *VX* y *FX* adquieren, sobre la base de los elementos de prueba disponibles, grados *independientes* y *autónomos* de

130. V., *supra*, apartado 2 e, *infra*, 4.2.

131. Para la distinción de estas nociones, aunque en un contexto distinto, cf. Schafer, *op. ult. cit.*, pp. 43, 144 ss.

probabilidad lógica. El mismo tipo de análisis es válido también para la otra situación de hipótesis en conflicto acerca de la existencia de *X*, es decir, cuando los hechos a probar son *X* e *Y* pero la existencia de *Y* es de alguna forma incompatible con la de *X*[132].

Aquí el problema es establecer los grados de confirmación de las hipótesis *VX* y *VY*, supuesto en todo caso que no pueden ser ambas verdaderas, ya que *VX* sólo vale si *VY* no es aceptable.

En este caso, tratándose de hipótesis referidas a hechos *distintos*, aunque incompatibles, y no de hipótesis contradictorias acerca del mismo hecho, debería ser aún más evidente la posibilidad de considerar separadamente las hipótesis *VX* y *VY*. Cada una de ellas, en efecto, puede tener sus respectivos elementos de prueba (por ejemplo, un testigo dice que Ticio estaba en Milán en un día determinado y otro testigo dice que ese mismo día Ticio estaba en Roma) y sobre la base de esos elementos cada una de ellas adquiere un específico grado de confirmación.

Además, ni siquiera surge en este caso el problema lógico que se puede plantear acerca de *VX/FX*. Entre *VX* y *VY*, en efecto, no se plantea ninguna relación *lógica*, en el sentido de que lógicamente *VX* y *VY* son compatibles; y únicamente en el plano empírico, sobre la base de alguna ley, regla o principio referido al funcionamiento del mundo real, la existencia de *Y* excluye la de *X* y viceversa. Esto implica que en sede de decisión tenga que efectuarse una elección entre *VX* y *VY*, pero no supone obstáculo alguno para configurar la situación probatoria en los términos de los respectivos e *independientes* grados de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

Desde el punto de vista que aquí importa, finalmente, es absolutamente aproblemática la situación de complejidad de los hechos que se produce cuando *X* e *Y* están vinculados únicamente por un nexo jurídico, de forma que *Y* incide sobre los efectos jurídicos de X[133]. En este supuesto, no sólo es posible conjeturar contemporáneamente *VX* y *VY*, sino que también es posible que ambas hipótesis reciban consistentes grados de confirmación y que ambas se consideren justificadas en sede de decisión. Está claro, en efecto, que *X* y *Y* no son incompatibles en el plano lógico y tampoco en el del mundo real; además, no son incompatibles siquiera en el plano jurídico porque la ley no excluye que los dos hechos puedan producirse conjuntamente y se limita a regular lo concerniente a sus consecuencias jurídicas. En realidad, desde el punto

132. Para el análisis de esta situación v., *supra*, apartado 1.3.

133. Sobre esta situación v., *supra*, apartado 1.4.

de vista del contexto probatorio, esta última situación no es siquiera compleja: no se trata, en efecto, de un caso particular de hipótesis fácticas en conflicto, sino de un caso particular de hipótesis autónomas, caracterizadas únicamente por una vinculación jurídica.

4. *La selección de la hipótesis sobre el hecho.*–Las páginas que preceden han sido dedicadas a la elaboración de esquemas para el análisis de las situaciones en que se plantea la relación entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho y de las inferencias simples y complejas mediante las que los elementos de prueba atribuyen grados de confirmación a las hipótesis sobre el hecho. Obviamente, han sido objeto de análisis las principales situaciones *de base*, no todas las situaciones posibles que derivan de sus combinaciones. Se ha intentado también ofrecer *esquemas* necesariamente abstractos, no analizar situaciones concretas.

En este punto, el discurso se integra con un último elemento, que concierne a los criterios según los cuales puede ser racionalmente formulada la decisión relativa a la fundamentación de la hipótesis sobre el hecho.

De forma preliminar, resulta oportuno precisar algún aspecto general de las consideraciones que se realizarán a este respecto.

Por un lado, deben explicitarse algunas implicaciones que derivan del hecho de que se trate de criterios para una decisión *racional*. Una primera implicación se refiere a la asunción (sin que sea necesaria una justificación específica en este punto) de que es sensato y posible referirse a métodos racionales para la decisión sobre el hecho. Supuesto esto, resulta también sensato ocuparse *únicamente* de los métodos y los criterios racionales de la decisión sobre el hecho, aunque esto pueda sonar como una abstracción o una drástica reducción de la sugestiva riqueza de temas que se suponen vinculados a esta problemática. En resumen, es posible ocuparse de la decisión sobre el hecho sugiriendo perspectivas intuicionistas, irracionalistas o escépticas, pero todo ello es extraño a la perspectiva que aquí se adopta y, por tanto, no será objeto de atención[134].

Otra exclusión que deriva de la adopción de una perspectiva que analiza los esquemas racionales de la decisión sobre el hecho afecta al estudio *psicológico* de la decisión. A diferencia de cuanto vale para los distintos irracionalismos, se puede considerar que el análisis psicológico de la decisión sobre el hecho, o de alguno de sus aspectos, presenta elementos de notable interés y representa un terreno de investigación

134. Al respecto, v. ampliamente, *supra*, capítulo I, 2.1.

de gran importancia[135]. Sin embargo, dado que la fuerza lógica de un silogismo no equivale a (y no depende de) los procesos mentales de quien los formula, el análisis racional de los esquemas y de los criterios de la decisión debe distinguirse, al menos en línea de principio, del análisis psicológico de los procesos cognitivos que puedan llevar a la decisión en el caso concreto[136]. En resumen, una cosa es analizar el procedimiento psicológico de la decisión, que aquí *no* se pretende realizar, y otra es discutir modelos racionales de decisión.

Una segunda implicación que deriva de ocuparse de los criterios racionales de decisión sobre el hecho consiste en poner entre paréntesis (al menos por el momento) el examen de eventuales criterios *jurídicos* para esa misma decisión. En otros términos, parece útil examinar aquí los criterios de selección de la hipótesis sobre el hecho haciendo abstracción de la posibilidad de que la ley intervenga al respecto, mediante normas de prueba legal, con la previsión de estándares probatorios en materia de aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba o también «debilitando» los criterios de decisión sobre el hecho en función de particulares exigencias procesales[137]. En cierto sentido, es posible considerar los criterios jurídicos de decisión sobre el hecho como variaciones o desviaciones (más o menos justificadas por razones jurídicas) respecto del modelo representado por los criterios racionales de decisión. Si esto es verdad, tiene sentido dedicar ahora alguna atención a esos criterios, analizando más adelante las variaciones o desviaciones jurídicas respecto de los mismos. Además, no siempre los criterios racionales y los criterios jurídicos de decisión están en oposición: en los sistemas dominados por la discrecionalidad o la «libertad» del juez en la valoración de las pruebas, el núcleo del juicio está representado por decisiones formuladas según criterios de racionalidad, mientras que los criterios jurídicos (cuando no son reformulaciones de los racionales)

135. Cf. las fundamentales contribuciones examinadas y discutidas en Nisbett y Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, New Jersey, 1980; v., además, Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, pp. 15 ss., 77 ss., 218 ss. Entre lo más reciente, y en referencia específica a la decisión judicial, v. la interesante investigación de Catellani, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992, especialmente pp. 111 ss., 145 ss., 159 ss., 239 ss.

136. En el mismo sentido, cf. Catellani, *op. cit.*, p. 122. La integración del análisis racional y del análisis psicológico es intentada y sugerida en algunos sectores de la epistemología (v., por ejemplo, Goldman, *op. cit.*, pp. 13 ss., 181 ss. y *passim*), pero no parece que hasta ahora existan suficientes razones para considerar infundada esta decisión.

137. Estos problemas serán analizados más adelante: v. el capítulo V, 2.3 sobre el concepto de prueba legal y el capítulo VI, 3.3, 3.4 y 3.5.

tienen una función marginal y simplemente integrativa respecto de la base racional de la selección del juez.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que aquí se trata de esquemas de racionalización, no de modelos lógico-formales o de estructuras deductivas. Frente al problema de la incertidumbre en el juicio sobre los hechos[138], no se puede pensar en métodos que produzcan certidumbres absolutas y parece más bien oportuno pensar en criterios de racionalización mediante la reducción de la incertidumbre. En otros términos, se trata de criterios que pueden servir para guiar la elección que el juez realiza en la decisión. En efecto, en líneas generales, ésta tiene la estructura de la elección entre distintas alternativas posibles[139] y lo mismo puede decirse de forma específica para la decisión acerca de la «verdad» del hecho. Puede tratarse de elecciones simples, como cuando debe establecerse únicamente si un elemento de prueba confirma o no una hipótesis, o de elecciones muy complejas, como cuando se trata de establecer el resultado de un conjunto variado y contradictorio de elementos de prueba. En ningún caso, sin embargo, decae el carácter de elección de la decisión sobre el hecho, dado que esa decisión no es nunca necesaria de forma que exista una sola opción posible. Es más, las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes han puesto en evidencia, junto a la posibilidad y la utilidad de disponer de esquemas racionales de valoración, los espacios notables de «apertura», de «vaguedad» y de discrecionalidad que en las distintas situaciones resultan irreducíblemente dejadas a la valoración del juez en el caso concreto.

Hablar de criterios para una elección racional de la hipótesis sobre el hecho, que se asume como «verdadera» porque es más aceptable sobre la base de las pruebas, no significa, por tanto, hacer referencia a reglas precisas y estrictamente obligatorias sino a estándares capaces de orientar las elecciones sin determinarlas. La elección de la «mejor» alternativa, por ser más racional, no está completamente predeterminada ni es enteramente libre: no es cálculo ni arbitrio. Puede ser, en cambio, razonable si la valoración tiene en cuenta el análisis de las situaciones probatorias y de la forma en que en éstas se configura la

138. V., *supra*, apartado 1.

139. Para estos aspectos de la decisión cf. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 217 ss.; también Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, e Id., *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil- straf- und- verwaltungsgerichtlichen Prozesses*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, pp. 19 ss.; para un interesante análisis psicológico de la decisión como elección entre hipótesis alternativas v. Catellani, *op. cit.*, pp. 240 ss.

relación inferencial entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho, así como si la elección final se realiza, a su vez, sobre parámetros que parten de aquella relación. En realidad, la discrecionalidad de las valoraciones y de las elecciones puede no equivaler a una irreducible vaguedad o incertidumbre de la decisión y la libertad de la convicción puede estar guiada por criterios racionales.

4.1. *La aceptabilidad de la hipótesis*.–Desde el punto de vista de los criterios de decisión, resulta oportuno tomar en consideración por separado algunas situaciones en las que entra en juego un criterio simple, que se puede definir como *aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho*. Este criterio se aplica en todos los casos en los que únicamente debe decidirse si una hipótesis es o no aceptable, sin ser necesarias elecciones en situaciones de conflicto entre hipótesis distintas.

Estos casos, sobre la base del análisis llevado a cabo anteriormente, son esencialmente tres: *a*) aquel en el que hay una única hipótesis con un solo elemento de prueba; *b*) aquel en el que hay una única hipótesis con diversos elementos de prueba convergentes y c) aquel en el que se dan hipótesis sobre hechos distintos, independientes y compatibles, cada una de las cuales tiene uno o más elementos de prueba convergentes[140].

Así pues, el esquema de base es el de la hipótesis sobre *X*, caracterizada por un determinado grado de confirmación. El problema que la decisión debe resolver es si esta hipótesis puede considerarse «verdadera», lo que equivale a establecer si tiene un grado de probabilidad lógica suficiente para asumirla como descripción aceptable del hecho. Se trata, en otras palabras, de una valoración relativa al grado de confirmación que la hipótesis ha recibido sobre la base de las pruebas: si ese grado es considerado suficiente, la hipótesis es aceptable y, por tanto, puede ser asumida como base para la decisión; si ese grado es considerado insuficiente (o si es incluso = 0), la hipótesis es inaceptable y la decisión no podrá basarse en la misma.

Se trata, efectivamente, de una valoración, es decir, de una apreciación esencialmente discrecional que el juez realiza en la decisión, sobre la base del grado de confirmación que las pruebas disponibles confieren a la hipótesis sobre el hecho. Parece bastante claro que esta valoración escapa de cualquier rígida determinación cuantitativa, dado que ni siquiera los defensores del cálculo bayesiano llegan a sugerir la ocultación total de la decisión final tras los resultados de ese cálculo y tampoco la eventual disponibilidad de datos estadísticos precisos es

140. V., *supra*, apartados 2.1, 3.2 y 3.3.

idónea para resolver automáticamente el problema de la decisión final[141]. Por otra parte, parece también claro, en cambio, que éste es, quizás, el momento principal (no el único) en el que se manifiesta la «prudente apreciación» o el «libre convencimiento» del juez[142].

Sin embargo, dado que no es admisible una rígida alternativa entre cálculo cuantitativo y subjetivismo irracional[143], resulta oportuno considerar que la valoración que se está examinando puede ser reconducida a criterios racionales, aunque inevitablemente caracterizados de una cierta «vaguedad»[144] y, por tanto, irreduciblemente elásticos.

En realidad, por una parte es necesario tomar en cuenta el hecho de que se trata siempre de una valoración vinculada a un determinado grado de probabilidad lógica de una hipótesis fáctica. Esta valoración puede, entonces, estar sujeta a márgenes de duda, pero en muchos casos puede ser claramente racional/irracional. Así, por ejemplo, sería irracional considerar inaceptable una hipótesis que tenga un elevado grado de confirmación sobre la base de distintas pruebas convergentes o bien considerar aceptable una hipótesis que haya obtenido un grado de confirmación bajo a partir de un único elemento de prueba. Al contrario, es racional la elección que vincula la aceptabilidad de la hipótesis a la consistencia de su grado de confirmación y la inaceptabilidad a valores bajos del mismo grado.

Del mismo modo, puede ser racional la decisión de que resulta aceptable una hipótesis sostenida por una sola prueba clara y «segura», así como la decisión de que es inaceptable una hipótesis sostenida únicamente por algunos elementos indirectos de confirmación dotados de escaso valor inductivo; en cambio, puede ser racionalmente aceptable la hipótesis confirmada por distintas pruebas indirectas convergentes y puede ser inaceptable la hipótesis sostenida por una sola prueba de credibilidad dudosa. Está claro, por otra parte, que todos estos factores, como la naturaleza de los elementos de prueba, su número, su credibilidad, etc., remiten, en realidad, a la determinación del grado de confirmación de la hipótesis, de forma que es esencialmente este elemento el objeto del juicio de aceptabilidad.

Es necesario también tener en cuenta que esta valoración se sitúa en una dimensión que, en su momento, se ha representado como

141. Sobre la falta de equivalencia entre el resultado del cálculo estadístico y el valor de la prueba v., *supra*, capítulo III, 3.3.
142. En general, sobre el principio del libre convencimiento, v. capítulo V, 2.3.
143. Cf., en particular, Goldman, *op. cit.*, pp. 311 ss.
144. Sobre el concepto de vaguedad v., *supra*, capítulo III, 4.2.

$0 \rightarrow \infty$[145]. De este modo, está claro uno de los extremos, dado que una hipótesis con un grado de confirmación = 0 es claramente inaceptable, pero el otro extremo no está determinado, de forma que no es posible establecer una escala cuantitativa generalmente aplicable para la valoración de los grados de probabilidad lógica en términos de aceptabilidad de la hipótesis. Por tanto, esa aceptabilidad no puede derivarse más que de una valoración conjunta, en función de la cual el juez establezca que ese grado de probabilidad es suficiente para justificar la adopción de la hipótesis como descripción aceptable del hecho.

A pesar de ello, es posible identificar de forma aproximada un área de valores de probabilidad lógica que se corresponde a grandes rasgos con la aceptabilidad; o, por decirlo así, que identifica el *fuzzy set* correspondiente al concepto de aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho[146].

Por un lado, se puede considerar que en la situación más simple, en la que la hipótesis está confirmada por un sólo elemento de prueba (directo o indirecto), ésta es aceptable si el valor de ese elemento de prueba, medido en una escala de 0 - 1, es al menos de 0,50. Como ya se ha visto, en ese caso el valor del medio de prueba concreto determina por sí mismo el grado de confirmación de la hipótesis[147]. Si resulta creíble la prueba que tiene un valor de, al menos, 0,50, se puede considerar razonablemente aceptable la hipótesis sobre el hecho que tenga un grado de probabilidad lógica de, al menos, 0,50. Pero si este límite mínimo es válido en el supuesto en que exista un único medio de prueba, no hay razón para no aplicarlo también cuando los elementos de prueba son múltiples, aunque sea improbable que ese supuesto se produzca, porque elementos de prueba con valores individuales bajos deberían tender a ser singularmente considerados poco creíbles. En cualquier caso, un grado de confirmación de la hipótesis superior a 0,50 se puede considerar como el límite mínimo por debajo del cual no es razonable considerarla aceptable, aunque no carezca totalmente de elementos de prueba. Una hipótesis con un grado de confirmación superior a 0 pero inferior a 0,50 puede ser sensata, pero no es aceptable[148].

Por otro lado, dado que el otro límite de la escala es $\rightarrow \infty$ y que en teoría no existe límite para el número de elementos de prueba, la acep-

145. V., *supra*, apartado 3.
146. Sobre el concepto de *fuzzy set* v., *supra*, capítulo III, 4.2.
147. V., *supra*, apartado 2.1.
148. Como consecuencia de las observaciones realizadas *supra*, capítulo III, 2. resulta oportuno evitar el término «verosímil» para las hipótesis que tienen un grado bajo de probabilidad lógica.

tabilidad de la hipótesis no tiene un valor máximo determinable *a priori*. De hecho, sin embargo, el número de las pruebas concurrentes o convergentes que se producen en un proceso es limitado, dado que se evita la admisión de pruebas superfluas y, además, la suma de sus valores sufre un efecto reductor en función del orden de producción, como se verá enseguida. Así, en abstracto la escala de grados de probabilidad lógica es $\rightarrow \infty$, pero, en concreto, ésta puede alcanzar valores equivalentes *a algunas unidades*. El *fuzzy set* que corresponde al concepto de aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho está, pues, definido por el área de los grados de confirmación que se sitúa entre 0,50 y el límite de algunas unidades.

Un valor de 0,51 define, entonces, una aceptabilidad apenas suficiente para adoptar la hipótesis como base para la decisión, mientras que, por ejemplo, valores conjuntos de 5 o de 8 constituyen niveles de aceptabilidad muy elevados (no debiéndose olvidar, por otra parte, que los números son sólo una forma de expresar relaciones lógicas y no suponen medidas cuantitativas de nada).

4.2. *La probabilidad lógica prevaleciente*.–Cuando existen, al menos, dos hipótesis contradictorias (*VX/FX*) o incompatibles (*VX/VY*, pero con *X/Y* incompatibles)[149], el problema de la decisión se plantea propiamente como el problema de la elección de una hipótesis sobre el hecho entre todas las que han obtenido grados de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Entran en juego únicamente las hipótesis con grados *positivos* de confirmación: está claro que si una hipótesis tiene un grado 0 es absolutamente inaceptable y, por tanto, no constituye una alternativa significativa[150]. También es irrelevante el caso en el que todas las hipótesis tienen un grado 0: en ese caso no se plantea problema alguno de elección, dado que ninguna hipótesis representa una alternativa aceptable, y deberá tomarse la decisión según criterios de otra naturaleza (por ejemplo según la regla de la carga de la prueba).

Así pues, si se dan distintas hipótesis sobre el hecho contradictorias o incompatibles, cada una de las cuales con un grado determinado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas, la elección de la hipótesis que ha de ponerse en la base de la decisión se realiza mediante el

149. Para el análisis de estas hipótesis v., *supra*, apartados 1.3 y 3.3.

150. En consecuencia, si una de las hipótesis tiene un grado de confirmación = 0 y otra tiene un grado de confirmación positivo, el problema de la decisión afecta sólo a la segunda hipótesis: se reproduce entonces la situación examinada en el apartado precedente.

criterio de la *probabilidad prevaleciente*[151]. En el contexto de la probabilidad lógica y de la relación hipótesis/elementos de prueba, en el que es racional que hipótesis contradictorias o incompatibles adquieran grados de confirmación *independientes* sobre la base de los respectivos elementos de prueba, el único criterio racional de elección de la hipótesis que resulta *más aceptable* es el que se basa en la relación entre los distintos valores de probabilidad lógica y privilegia la hipótesis caracterizada por el valor más elevado. Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por *algunas* hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis. No obstante, se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una

151. Cf., en particular, Cohen, *The Probable*, cit., pp. 252 ss. Un criterio análogo (denominado de la *überwiegende Wahrscheinlichkeit*) ha sido propuesto y ampliamente discutido en el ámbito de la doctrina alemana y escandinava. Cf., en particular, Huber, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 83 ss.; Kegel, *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegende Wahrscheinlichkeit*, en *Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festschr. für H. Kronstein*, Kalsruhe, 1967, pp. 321 ss.; Maassen, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, pp. 39 ss.; Musielak y Stadler, *Grundfragen des Beweisrecht*, München, 1984, p. 75; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pp. 173 ss. [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banzhaf, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 194 ss.]; Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, pp. 63 ss., 76 ss., 84 ss.; Nierhaus, *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München, 1989, pp. 42 ss.; Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, en AA.VV., *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, a cargo de C. Glendi, S. Patti y E. Picozza, Torino, 1986, pp. 58 ss. Para recientes discusiones acerca del concepto de probabilidad prevaleciente y para ulteriores indicaciones, cf. Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof. Truth or Logic?*, en *Scandinavian Studies in Law* 34, 1990, pp. 121 ss., 125, 131 ss.; Klami, Rahikainen y Sorvettula, *On the Rationality of Evidentiary Reasoning*, en *Rechtstheorie* 24, 1988, pp. 370 ss.

Por otra parte, debe subrayarse que esta doctrina habla del «principio de la probabilidad prevaleciente» en el contexto de concepciones *cuantitativas* de la probabilidad aplicadas al problema de las pruebas. Esto introduce una diferencia relevante entre esa versión del criterio y la referencia a la probabilidad prevaleciente que se realiza en el texto, en el ámbito de una concepción lógica y no cuantitativa de la probabilidad. Además, toda la elaboración llevada a cabo por la doctrina en cuestión se enfrenta a las objeciones que, de forma general, están dirigidas a las aplicaciones probatorias de la probabilidad cuantitativa (al respecto, v. más ampliamente, *infra*, capítulo III, 3.3).

situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas.

En un contexto de este tipo, y en línea de principio, resulta difícil negar la racionalidad intrínseca del criterio según el cual la hipótesis más aceptable, esto es, la que resulta aceptable *tout court* en el momento de la decisión, es aquella que presenta el grado más elevado de probabilidad lógica sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

No obstante, pueden presentarse objeciones a algunos supuestos de aplicación de este criterio: en particular, en el caso en que dos hipótesis tengan grados de probabilidad sólo ligeramente distintos y en el caso en que tengan valores distintos, pero ambos muy bajos.

En el primer caso, en el que, por ejemplo, la hipótesis *VX* tiene un grado de confirmación de 1,80 y la hipótesis *FX* (o *VY* incompatible) tiene un grado de 1,70, puede preguntarse si una diferencia de 0,10, poco relevante respecto de los totales en cuestión, es una base racional suficiente para considerar aceptable la primera hipótesis y descartar la segunda[152]. En este contexto, la respuesta es afirmativa: es racional, en efecto, considerar aceptable la hipótesis más probable, aunque la diferencia sea muy escasa[153]. Obviamente, pueden existir contextos en los que este criterio de decisión pueda parecer insatisfactorio por razones diversas[154], pero ello no demuestra que éste sea irracional de forma general. Esto demuestra, únicamente, que pueden existir razones por las que ese criterio es poco adecuado para algunos fines determinados y que, por tanto, pueden inducir a la adopción de criterios de otra naturaleza. Por otra parte, donde no existan esas razones y no estén claramente formulados otros criterios o no deban ser privilegiados justificadamente, el criterio del grado prevaleciente de probabilidad lógica puede ser aplicado razonablemente incluso si la prevalencia se produce por un margen escaso y no particularmente relevante. Además, en la experiencia común se producen numerosas situaciones en las que es necesario realizar una elección razonable entre distintas alternativas, cada una de las cuales presenta elementos consistentes a su favor: en esos casos sucede a menudo que la diferencia decisiva a favor de una alternativa es poco relevante, pero esto no hace menos racional la elección que privilegia la alternativa relativamente prevaleciente sobre las otras (aunque sea por escaso margen). No todas las diferencias decisivas, en efecto, son también cuantitativamente considerables, dado que su carácter de decisivas proviene del peso de conjunto de las hipótesis enfrentadas y de sus respectivas relaciones. En el ejemplo propuesto el elemento que decide a favor de *VX* es, efectivamente, de 0,10, pero en realidad *VX* tiene un grado de confirmación conjunto de 1,80, que es muy consistente, y es en cualquier caso la única hipótesis que es razonable elegir en ese contexto. En efecto, sería absolutamente irrazonable elegir la hipótesis menos probable, aunque el margen entre su valor de probabilidad y el de la otra hipótesis fuese mínimo[155].

El otro problema surge, como ya se ha dicho, cuando ambas hipótesis reciben valores bajos de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas[156]. Si, por ejemplo, *VX* ha recibido un grado de confirmación de 0,30 y *FX* ha recibido un grado de 0,20, el criterio de probabilidad prevaleciente implica que se escoja *VX* como hipótesis aceptable, pero esto no conlleva que se asuma como «verdadera» una hipótesis sobre el hecho que, en realidad, está escasamente confirmada. Éste es un inconveniente real y relevante, pero no demuestra que el criterio examinado sea irracional de forma general. En realidad, el inconveniente puede ser evitado simplemente extendiendo el alcance del límite mínimo de aceptabilidad definido anteriormente (*sub* 4.1). En resumen, se puede

152. El supuesto en que dos hipótesis tengan exactamente el mismo grado de confirmación es teóricamente posible, pero es también una situación límite que no resulta concretamente relevante. En el mismo sentido, aunque en el ámbito de una concepción cuantitativa de la probabilidad, cf. Motsch, *Vom Prozess als Beweis zum Ueberwiegensprinzip*, en *Gedüchtnisschr. für J. Rödig*, Berlin-Heidelberg-New York, 1978, pp. 334 ss.; cf. También Huber, *op. cit.*, pp. 86 s.

153. Cf. Kaye, *The Limits of the Preponderance of Evidence Standard. Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, en *Am. Bar Found. Res. J.*, 1982, p. 847; Orloff y Stedinger, *A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard*, en *U. Pa. L. Rev.* 131, 1983, p. 1159.

154. Esto sucede, por ejemplo, en el contexto de la carga de la prueba, en el que el criterio de la prevalencia de la probabilidad estadística ha creado problemas, ampliamente discutidos en la doctrina alemana: cf., por ejemplo, Grunski, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, en *Le prove*, cit., p. 12; Patti, *op. cit.*, p. 59; Prütting, *op. cit.*, pp. 72 ss. Cf. también Orloff y Stedinger, *op. cit.*, p. 1172.

155. No parece justificada la idea de que la prevalencia es aceptable únicamente si equivale a «un determinado porcentaje» que no sea muy pequeño (así, en cambio, Patti, *op. cit.*, p. 60). Más allá del hecho de que es formulada en los términos de la probabilidad cuantitativa, extraña a la teoría de la probabilidad que aquí se sigue, ocurre que el «porcentaje determinado» es cualquier cosa menos determinado: es más, permanece absolutamente indeterminado (y es probablemente indeterminable), de forma que no se alcanza a comprender cómo puede representar un criterio incluso aproximado de decisión entre distintas hipótesis sobre el hecho. Esta tesis deja, además, sin resolver el problema que se discute en el texto, es decir, el problema que se plantea cuando es necesario decidir entre dos hipótesis separadas por un margen no relevante o en todo caso inferior a un «determinado porcentaje».

156. Este problema es discutido especialmente por Cohen, *The Probable*, cit., pp. 254 ss., y Allen, *op. cit.*, pp. 43 ss.

admitir el criterio de la probabilidad prevaleciente con la advertencia de que la hipótesis que éste identifica sólo puede situarse en la base de la decisión si es *de por sí* aceptable en un nivel mínimo (definido por un valor de probabilidad conjunto igual a 0,50 como mínimo). En realidad, si ninguna de las hipótesis disponibles supera ese mínimo nos encontramos ante una situación distinta pero análoga a aquella en la que todas las hipótesis valen 0: si ninguna de las hipótesis es aceptable, no tiene sentido preguntarse cuál de ellas es más aceptable; si sólo una es mínimamente aceptable, no tiene sentido tomar en consideración a las otras, de forma que la elección es *in re ipsa*. El criterio de la probabilidad prevaleciente puede emplearse razonablemente sólo cuando diversas hipótesis tienen valores de probabilidad lógica superiores al límite mínimo de probabilidad[157]. Naturalmente, esto no elimina la posibilidad de que existan contextos en los que sea sensato aplicar el criterio de la probabilidad prevaleciente en su estado puro, es decir, sin exigir que la hipótesis dotada del grado de probabilidad relativamente más alto sea *también* aceptable según el criterio que opera cuando está en juego una sola hipótesis. El criterio de la probabilidad prevaleciente podría ser aplicado en su estado puro en el proceso en los casos en los que no se requiera la demostración de la aceptabilidad plena de la hipótesis sobre el hecho, sino que sea suficiente demostrar que aquélla no es inaceptable o que tiene algún elemento de confirmación, no apto para fundar la hipótesis pero suficiente para atribuirle un mínimo de credibilidad. En sentido contrario, puede suceder que la ley fije criterios de elección *más elevados* que el de la aceptabilidad/probabilidad prevaleciente, como sucede cuando se requiere que el hecho esté probado «más allá de cualquier duda razonable».

Todo ello lleva a la conclusión de que el inconveniente examinado lo es, en realidad (aunque puede resolverse de la forma ya indicada), únicamente en un determinado contexto, como el de la decisión final sobre los hechos de la causa, en el que se requiera que la hipótesis so-

157. De esta forma se supera el problema que frecuentemente se plantea respecto del criterio de la probabilidad prevaleciente, es decir, la relación entre ese criterio y la regla de la carga de la prueba (al respecto, v., *supra*, nota 154 y, en particular, Klami, Hatakka y Sorvettula, *Burden of Proof*, cit., pp. 131 ss.; Walter, *op. cit.*, pp. 142 ss. —tr. cast., *op. cit.*, pp. 154 ss.—; Kegel, *op. cit.*). En efecto, parece razonable sostener que la regla de la carga de la prueba se aplique como criterio de decisión cuando ninguna de las hipótesis disponibles sobre el hecho sea apta —si se la pone en relación con los elementos de prueba que le afectan— para constituir una versión aceptable del hecho en cuestión. En cambio, esa regla no puede entrar en juego cuando *al menos una* de las hipótesis sobre el hecho está dotada de un grado de confirmación probatoria suficiente para considerar que constituye una versión aceptable del hecho.

bre el hecho que se seleccione sea por sí misma aceptable, aparte de la más probable entre las hipótesis disponibles.

Sin embargo, resulta evidente que, aparte de la posible integración en términos de aceptabilidad mínima de la hipótesis más probable, el del grado prevaleciente de probabilidad lógica es el criterio racional para decidir en la situación en que se presentan distintas hipótesis incompatibles; éste es, por otra parte, el criterio que mejor da cuenta de la relación que se establece en el caso concreto entre las distintas hipótesis y los elementos de prueba disponibles.

4.3. *El orden de las pruebas*.–Al analizar la determinación del valor de las pruebas y de los grados de confirmación de las hipótesis referidas a los hechos, se han imaginado situaciones estáticas, suponiendo que el juez encuentra a su disposición por un lado las hipótesis sobre el hecho y, por el otro, todos los elementos de prueba y que, por tanto, decide teniendo ante sí contemporáneamente todos los elementos del problema que debe resolver.

Esta situación-tipo es evidentemente abstracta porque no toma en cuenta las peculiaridades y los condicionamientos procesales que determinan en concreto las modalidades con las que el juez formula la decisión sobre los hechos; además, tampoco tiene en cuenta las modalidades con las que se forman las pruebas o se adquieren en el proceso ni las consecuencias que de ello se derivan para la valoración. Estas abstracciones parecen, sin embargo, justificadas en un contexto como el de las consideraciones desarrolladas hasta este momento y, en cualquier caso, se les pondrá remedio en las partes específicamente dedicadas a la regulación procesal de las pruebas.

No obstante, en esas abstracciones hay un aspecto que se tomará en consideración aquí porque puede condicionar en general, y no sólo desde el punto de vista jurídico, la valoración referida a los valores de los distintos elementos de prueba y, por tanto, también a la referida a los grados de probabilidad lógica y a las consiguientes elecciones finales sobre las hipótesis fácticas.

Este aspecto consiste en el hecho de que no se ha tomado en consideración hasta el momento el *orden* o la *sucesión temporal* con la que son adquiridos los distintos elementos de prueba o, en cualquier caso, llaman la atención del sujeto que debe valorarlos. Se ha hecho abstracción de este factor no sólo por claridad del discurso, sino también porque una orientación muy difundida lleva a excluir la dimensión temporal de los esquemas lógicos y de los cálculos matemáticos. En particular, para ofrecer un ejemplo referido a las materias discutidas anteriormente, se excluye que el orden con el que se adquieren los

elementos de prueba sea de alguna forma relevante para el cálculo de la probabilidad matemática o que aquél incida en el producto de las probabilidades (o de las funciones de creencia) con las que se trata de calcular la probabilidad conjunta en el supuesto de pluralidad de pruebas convergentes[158]. En efecto, en matemáticas vale la regla según la cual el orden de los factores no altera el producto, de modo que el orden debería ser irrelevante tanto en el caso en que las probabilidades se multiplican como en el caso en que se suman.

Por otra parte, mientras que la irrelevancia del orden de los factores está clara desde el punto de vista lógico y matemático, no lo está en absoluto desde el punto de vista epistemológico[159] (y, también puede añadirse, desde el de la adquisición de las pruebas en el proceso). En efecto, parece que desde el punto de vista de la forma en que los elementos de prueba determinan el grado de confirmación de una hipótesis, puede resultar relevante el orden en el que aquéllos se adquieren. Se trata de una relevancia eminentemente psicológica, pero en la medida en que se establezca como modalidad general de funcionamiento del pensamiento en las situaciones en las que se establece la confirmación de hipótesis, debe tomarse en consideración en el plano epistemológico[160].

Esencialmente, esta relevancia del orden en el que se adquieren los elementos de prueba se traduce en el hecho de que se atribuye un valor más elevado al primer elemento de confirmación de una hipótesis, mientras que los sucesivos elementos *convergentes* tienden a tener valores cada vez más pequeños. No se trata de una progresión aritmética o geométrica: la variación de los valores, en cambio, sigue una curva en la que los valores son más elevados al inicio y disminuyen rápidamente después[161]. Así, por ejemplo, si se dispone de cinco elementos de prueba convergentes, puede ser que P1 = 1; P2 = 0,30; P3 = 0,20;

158. Cf. Schafer, *op. cit.*, p. 62; Goldman, *op. cit.*, pp. 353 ss.
159. Cf., en efecto, Goldman, *op. cit., loc. ult. cit.*
160. Esta tesis parece sugerida por el modelo de Einhorn y Hogarth analizado ampliamente por Goldman, *op. cit.*, pp. 345 ss. Para un estudio equivalente de la incidencia de los factores temporales en el análisis de la *evicence*, cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 284 ss.
161. Para el análisis de esa curva en el *accretion model* de Einhorn y Hogarth cf. Goldman, *op. cit.*, pp. 346 ss.; en el mismo sentido, cf. Schum y Martin, *op. cit.*, p. 118. Obsérvese que las hipótesis consideradas en el texto son únicamente casos particulares (con valores ficticios) del modelo en examen. En efecto, en el proceso sólo vale el supuesto en el que se parte de la situación con conocimiento de la hipótesis sobre el hecho = 0, mientras que el modelo se ocupa también de los casos en los que la hipótesis de partida tiene un grado de aceptabilidad superior a 0 y estudia en todo caso el incremento *relativo* producido por la introducción de elementos cognoscitivos *ulteriores*.

P4 = 0,05; P5 = 0,001. El elemento decisivo resulta ser la relación entre el elemento de prueba y el estado de la hipótesis: si sobre ésta hay un nivel bajo (o bien = 0) de creencia, el impacto del elemento de prueba es fuerte, pero ese impacto es mucho más débil si sobre la hipótesis existe *ex ante* un nivel de creencia elevado[162]. Por ello, se obtiene la consecuencia de que en la situación de partida = 0 el primer elemento de prueba tiene un valor elevado, pero el valor de cada elemento sucesivo disminuye porque entra en juego en un momento en el que la hipótesis ha adquirido ya razones de confirmación consistentes a partir de los elementos de prueba precedentes. El esquema se complica, pero sigue esencialmente el mismo planteamiento, cuando los elementos de prueba son positivos y negativos, dado que en todo caso el factor que incide en el peso del elemento de prueba concreto es el *factor de contraste* entre éste y el estado de credibilidad de la hipótesis (sobre la base de las pruebas precedentes) en el momento en que el elemento de prueba concreto es conocido y tomado en consideración[163]. Así, una prueba negativa tiene un valor elevado si está referida a una hipótesis en un momento en que ésta tiende a estar positivamente confirmada, y viceversa, mientras que la relación entre elementos de prueba conformes (positivos y negativos, respectivamente) se produce siempre en el sentido del valor que disminuye.

Este tipo de análisis ha dado lugar a una teorización bastante compleja que no es necesario reproducir y discutir aquí detalladamente. Sin embargo, sí vale la pena realizar al respecto dos consideraciones de alguna importancia.

La primera es que, más allá de su dudosa legitimidad desde el punto de vista matemático, esta teorización parte de una intuición bastante obvia en el ámbito del proceso. No es casualidad que en el proceso se hable de pruebas «sobreabundantes» o que resultan «superfluas»[164] precisamente en función del hecho de que su valor disminuye hasta resultar sustancialmente prescindible cuando la hipótesis sobre el hecho está ya apoyada por otras pruebas convergentes. Si, por ejemplo, se dispone de diez declaraciones testificales sobre el mismo hecho, puede decirse en abstracto que cada una de ellas tiene o puede tener (si concurren todos los requisitos) un valor = 1; en realidad, este valor puede ser reconocido a la primera declaración testifical, pero el valor de las

162. V. la nota precedente y cf. Goldman, *op. cit.*, p. 346.
163. Para un análisis combinado de la incidencia de elementos de prueba positivos y negativos v., ampliamente, Goldman, *op. cit.*, pp. 348 ss.
164. Para un análisis del concepto general de *redundancy* cf. Schum, *Evidence and Inference*, cit., I, pp. 148 ss.

sucesivas tiende rápidamente a disminuir y probablemente no será en absoluto necesario asumirlas todas para adquirir un elevado grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. En esa situación es, en efecto, razonable que el juez reduzca *ex ante* la lista de declaraciones o, en cualquier caso, excluya la admisión de algunas declaraciones testificales convergentes cuando las primeras son ya más que suficientes para fundamentar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho. Un discurso análogo vale para las pruebas negativas: la prueba negativa no es nunca superflua frente a elementos positivos ya adquiridos y, es más, su valor aumenta precisamente en función de esos elementos (para disminuir en el caso de sucesivas pruebas negativas convergentes)[165]. En resumen, la consideración del orden de adquisición de los elementos de prueba a los efectos de la determinación concreta de su valor se corresponde bastante bien con lo que sucede en el proceso.

La segunda consideración es que, en consecuencia, debe tenerse en cuenta ese factor en el ámbito de la teoría acerca de la relación entre los elementos de prueba y la confirmación de las hipótesis sobre el hecho. La valoración de los elementos de prueba a los efectos de establecer su valor como factores de confirmación de la hipótesis no prescinde en concreto de su orden, cuando éste es relevante, como en el caso de la pluralidad de elementos de prueba convergentes o divergentes. La indicación que se ha realizado anteriormente[166], según la cual en esos casos el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho (de las distintas hipótesis, si las hay) deriva de la suma de los valores de los concretos medios de prueba referidos específicamente a esa hipótesis, debe ser integrada y corregida con la consideración de que el valor del medio de prueba concreto depende *también* de la situación específica en la que ha sido adquirido, dentro del orden global de adquisición de las pruebas.

Esta consideración puede ser significativa para la valoración de los grados de probabilidad lógica de las hipótesis sobre el hecho. Por un lado, incide en el sentido de hacer que tendencialmente el grado de probabilidad lógica de una hipótesis con diversos elementos de prueba sea *inferior* a la simple suma de los valores producidos por cada elemento de prueba individualmente considerado. Por otro lado, aquella consideración introduce un ulterior elemento de valoración que tiene, como los otros, la característica de ser racional pero «vago» y de reconducir, por tanto, un aspecto relevante adicional de la valoración con-

165. Cf. el *discount model* de Einhorn y Hogarth en Goldman, *op. cit.*, p. 347.
166. V., *supra*, apartado 3.2.

textual de las pruebas a la razonable apreciación realizada por el juez sobre la base de las vicisitudes procesales ocurridas en el caso concreto.

5. *Concepción holista y método analítico*.–En la doctrina más reciente acerca de la decisión sobre el hecho surge la distinción entre el método que se define como *atomista* y el método definido como *holista*[167]. Según el método atomista, la decisión sobre el hecho se obtendría de una consideración analítica de los específicos elementos de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las específicas inferencias que se fundan sobre cada uno de ellos. Así pues, se dedica particular atención a la valoración de cada elemento de prueba y la decisión final se configura como el resultado de una combinación basada en las pruebas concretas[168].

El método holista supone, en cambio, configurar el problema de la decisión sobre el hecho partiendo de hipótesis globales y comprensivas sobre los hechos de la causa: esas hipótesis están constituidas por *stories* que narran aquellos hechos en su secuencia temporal, vinculándolos entre sí en un todo significativo, bajo el esquema de la novela[169]. La decisión consiste, entonces, en la elección de una *story* de los hechos de la causa entre las diversas que las partes y sus abogados han sometido al juez: la elección es global, dado que afecta a la *story* en su totalidad, no a los elementos fácticos concretos, y se produce teniendo en cuenta valoraciones de conjunto más que los concretos elementos de prueba. Naturalmente, se admite que las pruebas sean tomadas en consideración, pero ello se hace en función de su capacidad para aportar sustento a una u otra *story* globalmente entendida, no desde el punto de vista analítico de su relación con los hechos concretos[170].

167. Cf. Damaška, *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View*, en *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of J. H. Merryman*, ed. por D. S. Clerk, Berlin, 1990, pp. 91 ss.; Twining, *Theories of Evidence*, cit., pp. 183 ss.; Id., *Lawyer's Stories*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, pp. 219 ss.; Abu-Hareira, *An Early Holistic Conception of Judicial Fact-Finding*, en *Jur. Rev.*, 1986, pp. 79 ss.; Bennet y Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgement in American Culture*, New Brunswick, 1984; Tillers, *Webs of Things*, cit., pp. 1252 ss.
168. Cf. Damaška, *op. cit.*, p. 91; Twining, *Theories of Evidence*, cit., *loc. cit.*; acerca de tendencias análogas en el análisis psicológicos de la decisión v., también para referencias bibliográficas, Catellani, *op. cit.*, pp. 129 ss.
169. Cf. Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 223 ss.; Abu-Hareira, *op. cit.*, pp. 93 ss.; Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 3 ss., 32 ss., 41 ss., 116 ss.; Catellani, *op. cit.*, pp. 133 ss.
170. Cf. Twining, *op. ult. cit.*, 238 ss.; Abu-Hareira, *ibid.*; Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 125 ss., 132 ss.

La prevalencia de un método respecto del otro parece vinculada a distintos factores referentes a la estructura del proceso y a la regulación jurídica de las pruebas[171], así como a las preferencias culturales de sus respectivos defensores, pero no es éste el lugar de profundizar en el análisis de esos aspectos del problema. En cambio, sí vale la pena realizar algunas observaciones sobre la concepción holista, dado que en las páginas precedentes se ha desarrollado una perspectiva claramente atomista, aunque sólo sea a los efectos de comprobar el alcance y el significado de la divergencia entre los dos métodos.

Al respecto, es necesario tomar en consideración la existencia de ideas diversas acerca del método holista[172], de forma que los términos del problema cambian en función de la versión del modelo que se adopte.

En una primera versión de la concepción holista, que se puede definir como «débil», se habla de la valoración conjunta de las pruebas únicamente para sintetizar operaciones complicadas, como las referidas a la valoración de cada elemento de prueba, y para subrayar que en cualquier caso deben combinarse en un contexto unitario que determina la decisión final. Se subraya así que los distintos elementos de prueba pueden estar vinculados o interferirse recíprocamente[173] y que la valoración de las pruebas se fundamenta a menudo en presuposiciones y criterios implícitos de valoración e interpretación de hechos o comportamientos[174].

En esta versión el modelo holista no dice, en realidad, nada distinto de lo que afirma el método atomista. Más bien, se presenta como una forma abreviada de indicar sintética y simplemente cosas que desde el punto de vista analítico son mucho más complejas. Que los elementos de prueba deben ser valorados globalmente es, en realidad, algo muy banal también para la perspectiva atomista, del mismo modo que la posibilidad de que los diversos elementos de prueba converjan o diverjan de distintas formas respecto de la hipótesis sobre los hechos: el problema es, si acaso, analizar cómo se produce esto; y precisamente ese análisis representa una parte relevante del método atomista[175], mientras que no es objeto de particular atención desde la perspectiva holista. En cuanto a la observación de que a menudo la valoración de

171. V., en particular, Damaška, *op. cit.*, pp. 92 ss., 98 ss.
172. Cf. Twining, *Theories of Evidence*, cit., p. 183.
173. Cf. Damaška, *op. cit.*, p. 93; Abu-Hareira, *op. cit.*, p. 93.
174. Cf., en particular, Tillers, *op. cit.*, pp. 288 ss., 299 s.; Abu-Hareira, *op. cit.*, pp. 96 ss.
175. V., *supra*, apartados 2 y 3.

las pruebas se basa en criterios implícitos, cabe decir que ésta es también una constatación obvia desde el punto de vista de la psicología de la decisión, pero no permite fundamentar sobre ella una alternativa real al método atomista. Éste parte, en efecto, de la idea de que lo que permanece implícito corre el riesgo de ser casual, incontrolado e irracional, para tratar de explicitar y racionalizar los factores que condicionan la decisión. Estos factores, por otra parte, equivalen a menudo a las nociones de sentido común que sirven para interpretar la realidad según el *id quod plerumque accidit*[176]. La variabilidad, imprecisión y relatividad de esas nociones son obvias y bien conocidas, pero no impiden adoptar —en sede de racionalización del juicio— el modelo de la inferencia según las generalizaciones del sentido común[177]. Desde este punto de vista, la diferencia entre el método holista y el método analítico parece situarse en que el primero otorga preferencia a una perspectiva psicológica mientras que el segundo se basa en el análisis racional del juicio; el método analítico, además, tiende a explicitar y a racionalizar lo que la concepción holista deja genérico e implícito. No faltan, en realidad, en esta última concepción, sugerencias más o menos explícitas de evitar las complicaciones analíticas del método atomista y de preferir la intuición, es decir, el salto lógico que vincula inmediatamente la decisión con la «verdad de los hechos»[178]. Pero en este caso no se trata de contraponer un método racional de juicio a otro método racional: lo que se perfila es simplemente el rechazo del análisis racional en favor de una tendencia irracional fundada sobre la intuición y sobre la simplificación de los problemas tan radical como inaceptable.

En esta segunda versión, más «fuerte» y en muchos aspectos más articulada, la concepción holista tiende a constituir una teoría distinta del juicio, en la que la decisión consiste en la elección entre distintas *stories*, cada una de las cuales se toma en su totalidad narrativa, y el criterio de la elección tiende a situarse más bien en la coherencia y capacidad persuasiva de la narración que en su correspondencia con la realidad de los hechos y con los elementos de prueba. Esta versión de

176. Cf., en efecto, Tillers, *op. cit.*, pp. 184, 288 ss., 308.
177. V., *supra*, apartados 2.2 y 4.1. La concepción holista evita, en cambio, el análisis de estas nociones y de sus caracterísitcas semánticas y estructurales. El recurso a las mismas resulta, así, un recurso genérico al sentido común, sin ulteriores especificaciones: v., por ejemplo, Abu-Hareira, *op. cit.*, pp. 96 ss.
178. Para la individualización de esta tendencia en algunos tipos de proceso penal v. Damaška, *op. cit.*, p. 96. Esta tendencia está presente, por ejemplo, en Abu-Hareira, *op. cit.*, p. 93.

la teoría holista está muy difundida[179] y resulta sugestiva, de modo que es oportuno tomarla en consideración de forma más amplia.

Por un lado, se puede observar que ésta se presenta como una teorización de lo que sucede en el *trial* angloamericano: según el esquema más común, en ese sistema se concibe a los abogados presentando *stories* diversas y contrapuestas, intentando acreditarlas mediante las pruebas y persuadir al *trier of fact* para que escoja una en lugar de la otra; y el juez o el jurado, por su parte, escogerán una u otra *story* como base para la decisión[180]. No puede excluirse que, en alguna medida, este esquema se corresponda con la realidad del *trial* angloamericano, en el que el elemento de la contraposición de las partes ante un juez pasivo[181] y el uso de técnicas retórico-persuasivas en la presentación de las pruebas[182] parecen tener un papel relevante. En cambio, debe excluirse que esto represente una fundamentación teórica suficiente para un método de decisión que se presente como una alternativa general al método analítico.

Ante todo, debe destacarse que la *story* narrada por el abogado es sólo una de las que se narran en el proceso, de modo que no hay razones para exagerar su importancia[183]. Es verdad, por otra parte, que el abogado tiende a persuadir al juez de la fundamentación de su propia versión de los hechos y de la carencia de fundamentación de la propuesta por el adversario, pero no hay razón para privilegiar, hasta el punto de hacer de ello el fundamento de una teoría, el punto de vista del abogado respecto a otros posibles puntos de vista. El proceso, y también el *trial* angloamericano, es algo mucho más complejo que un simple «lugar» en el que los abogados narran versiones distintas de los hechos intentando persuadir al juez[184], mientras que la concepción meramente persuasiva de la prueba es, a su vez, excesivamente reductiva y sustancialmente infundada[185].

179. Cf., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, y el panorama trazado por Damaška y Twining en los lugares citados en las notas precedentes.
180. Este modelo está claramente presente en el análisis de Bennet y Feldman, *op. cit.*; v. también Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 222 ss., 228 ss.
181. Cf. al respecto Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, tr. cast., Santiago de Chile, 2000, pp. 190 ss.; Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'espe-rienza americana*, Padova, 1979, pp. 19 ss., 44 ss., 123 ss.
182. Cf. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 422 ss.; Thibaut y Walker, *Procedural Justice*, New Jersey, 1975, pp. 54 ss.; Lawson, *Order of Presentation as a Factor in Jury Persuasion*, en *Ky. L. J.* 56, 1968, pp. 523 ss.
183. Así, en especial, Twining, *op. ult. cit.*, pp. 220, 242.
184. Cf. Twining, *ivi*, pp. 220 ss.
185. V. más ampliamente, *infra*, capítulo V, 1.4.

Debe advertirse también que no es en general aceptable la configuración de la decisión sobre los hechos como una elección entre las *stories* narradas por los abogados de las partes. También en este caso esa idea puede corresponderse con una racionalización de lo que hace el juez angloamericano[186], pero ciertamente no puede ser asumida como una teoría de la decisión en general. Nada demuestra, en efecto, que las presentaciones de los hechos realizadas por los abogados, y sus interpretaciones de las pruebas, deban constituir el marco exclusivo dentro del cual el juez tenga que formular la decisión; está claro, en cambio, que el juez puede y debe tomar en cuenta las *stories* de cada parte, pero también que tiene la más amplia posibilidad de apartarse de ellas, adoptando una «tercera» versión de los hechos, eventualmente resultante de la combinación de «pedazos» distintos obtenidos de las versiones propuestas por las partes, si esta versión parece más aceptable.

Por otro lado, un problema muy delicado surge a propósito de los criterios o de las razones en función de los cuales el juez debería escoger una u otra *story*. La teoría holista parte de las doctrinas narrativistas para decir que el criterio sobre cuya base una *story* debería ser tomada como verdadera es esencialmente el de la *coherencia de la narración*[187]. No cabe duda que, en sí misma considerada, una *story* parece «mejor» y más persuasiva si es coherente y que parece menos persuasiva si es incoherente[188]. Sí es dudoso, en cambio, que la coherencia de la narración puede ser configurada verdaderamente como criterio fundamental y exclusivo para la elección de la decisión sobre los hechos.

Además, el propio concepto de coherencia es muy problemático en el ámbito de las doctrinas narrativistas[189], de forma que se presentan dudas relevantes acerca del que debería ser el criterio-base para aquella elección. Pero esto conlleva que no se esté en condiciones de establecer cuándo, y sobre la base de qué factores, el juez debería adoptar una *story* y descartar otra[190]: lo que se perfila es la idea de que el

186. Cf. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., p. 4.
187. V., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 33, 65, 88 y *passim*.
188. En efecto, a favor de la *story* coherente puede haber una presunción de verdad, pero no más que esto, dado que la coherencia de un conjunto de creencias no es suficiente para garantizar su verdad: v., en particular, Davidson, *A Coherence Theory of Truth and Knowledge*, en *Truth and Interpretation. Prospectives on the Philosophy of Donald Davidson*, ed. por E. Le Pore, Oxford, reed. 1989, p. 308.
189. V., por ejemplo, el análisis de Den Boer, *A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Courtroom*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 349 ss.
190. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 68 ss., hablan de las *structural ambiguities* que pueden viciar la plausibilidad de la narración, pero se trata de comentarios genéricos, que

juez opte por la versión que más le persuada, sin que aparezcan claramente las razones de esa persuasión, o bien la sombra de la hipostatización de alguna «realidad ontológica» destinada a funcionar *a priori* como test automático de la coherencia de una narración de los hechos[191]. Sin embargo, no parece que por esta vía se obtengan resultados útiles a los efectos de comprender la dinámica de la decisión.

El aspecto más problemático y preocupante del concepto de coherencia narrativa empleado como criterio de decisión se pone de manifiesto, en cualquier caso, cuando aquél se propone como alternativa radical a cualquier criterio basado en la veracidad de la narración de los hechos de la causa. Que la coherencia narrativa no tiene nada que ver con la veracidad de la narración es, en efecto, un presupuesto indiscutible en el ámbito de las concepciones narrativistas: no es casualidad que en las versiones más consecuentes aplicadas a la decisión judicial se diga claramente que lo que interesa no es la determinación de la verdad sino el análisis estructural de la narración[192].

Y así se llega realmente al centro del problema y a las razones fundamentales por las que la versión «fuerte» de la concepción holista-narrativista es insostenible.

Por un lado, es válida la objeción de fondo contra la aplicación de teorías narrativistas en función de teorías de la decisión judicial sobre los hechos: la objeción es que pueden existir narraciones coherentes que no sean verdaderas[193], como las novelas, y pueden existir narraciones verdaderas (en el sentido de referidas a hechos confirmados por las pruebas) incluso si no son coherentes respecto de algún criterio de coherencia. La objeción no se supera recurriendo a algún concepto de

no fundamentan ningún concepto de «incoherencia». Un análisis preciso y sistemático del concepto de *coherence* se encuentra ahora en Alexy y Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, en *Ratio Juirs* 3, 1990, pp. 130 ss., pero las doctrinas narrativistas no parten normalmente de una definición aceptable del mismo. Por otra parte, el sistema de conceptos elaborado por Alexy y Peczenik se refiere a una idea *formal* de *coherence* (v., *ivi*, p. 145), como elemento central del concepto de justificación (*ivi*, p. 144): todo ello, junto con la precisión y la sistematicidad del análisis, resulta extraño a las verdaderas doctrinas narrativistas. No por casualidad, Alexy y Peczenik evitan configurar la *coherence* como criterio de verdad.

191. Este aspecto es particularmente evidente en el pensamiento de MacCormick, sobre el que puede verse la nota 23 del capítulo III, también para referencias bibliográficas adicionales.

192. Cf., especialmente, Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 61 ss., 155 ss., 166 ss.

193. Cf., en particular, Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 181; Id., *Coherence, Truth and Rightness in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 307.

«verdad» como coherencia[194], porque esto implica siempre la reducción de la verdad a la coherencia y, por tanto, la referencia a este último criterio y no a otros.

Por otro lado, el proceso no está interesado en la adquisición de narraciones coherentes pero falsas, sino de narraciones verdaderas (aunque sean incoherentes). La tesis según la cual la decisión sobre los hechos no puede tener nada que ver con la realidad de los hechos o con la veracidad de su narración[195] es absurda, como lo es la tesis de que la victoria no corresponde a quien ha demostrado tener razón sobre los hechos, habiendo basado su propia posición en hechos «verdaderos», sino a quien ha presentado su propia *story*, aunque sea falsa, de la forma más coherente[196]. Ambas tesis, así como sus diversas versiones, se encuentran evidentemente en oposición con los principios *jurídicos* que definen la función del proceso y de la decisión, para los que no es indiferente, a diferencia de los narrativistas, que la *story* sea una novela o la narración de hechos de los que depende la aplicación de normas jurídicas. Al contrario, lo que importa en el proceso no es la calidad estructural de la narración de los hechos realizada por uno u otro abogado, sino la correspondencia con la realidad de la versión de los hechos que el juez sitúa en la base de su decisión[197].

En este contexto, se plantea el problema del papel de las pruebas en el juicio sobre los hechos. Las teorías atomistas parten de la premisa de que la base de la decisión sobre los hechos está constituida por las pruebas: por *todas* las pruebas, analítica y conjuntamente consideradas, pero *sólo* por las pruebas. Es más, los modelos analíticos de valoración de las pruebas se plantean como modelos de valoración de todas las pruebas disponibles y, por tanto, como modelos teóricos de la determinación racional de los hechos en el ámbito del proceso[198]. A la inversa, las teorías holistas parecen sugerir, al menos en sus versiones más rigurosas, que la decisión se debe fundamentar sobre *algo distinto*,

194. Cf., por ejemplo, Bankowski, *The Jury and Reality*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 227.

195. Cf. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 33, 65, 88 y *passim*.

196. Siempre según Bennet y Feldman (*op. cit.*, pp. 65 y 88), el juez no valora la narración en función de la referencia a los hechos, sino en función de *certain structural relations among chosen symbols*, cuya naturaleza se mantiene, sin embargo, vaga.

197. No es casualidad que las teorías narrativistas se ocupen de las *stories* narradas por los abogados, no de la que «narra» el juez en la sentencia (v., una vez más, el indicativo ejemplo de Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 147 ss.). Esto explica quizás la indiferencia hacia el problema de la verdad de los hechos, pero torna a estas teorías inutilizables para el análisis de las decisiones.

198. V., *supra*, apartados 3, 4.1, 4.2.

aunque no bien precisado, de las pruebas[199], y, en consecuencia, ignoran problemas como el de la definición del hecho, de la relevancia de la prueba, de la carga de la prueba, etcétera[200]. Queda entonces por establecer, una vez más, si esto es legítimo sobre la base de los principios que regulan la decisión judicial. Obviamente, cualquiera puede proponer que los jueces decidan según los criterios más diversos (por ejemplo, tirando los dados o, como sucedió una vez, interpretando la voluntad del *Führer*); otra cosa es certificar si esto es coherente con los fundamentos del sistema jurisdiccional, que normalmente impone a los jueces decidir «sobre la base de las pruebas». Igualmente incierta es la validez de una teoría de la decisión judicial que olvida los elementos principales del contexto en el que la decisión se sitúa, es decir, el proceso.

Hay, pues, numerosas y consistentes razones para sostener que las concepciones holistas, especialmente en las variantes que se apoyan en el concepto de coherencia narrativa, son infundadas y, por tanto, no constituyen una alternativa aceptable al método atomista de valoración de los elementos de prueba.

Existe, por otra parte, una forma menos radical y más razonable para configurar la relación entre la orientación holista, que pone el acento en la coherencia de la narración, y el criterio atomista, que se funda en la verdad de los hechos concretos en función de las pruebas que específicamente confirman sus respectivas hipótesis. Ésta consiste en considerar que hay, en lugar de una oposición irreducible entre los dos modelos, una posible combinación entre ellos en el ámbito de una teoría comprensiva de la decisión sobre los hechos.

Esa posibilidad parece existir, sobre la base de dos condiciones. La primera es que, en el contexto del proceso, los hechos sólo pueden considerarse determinados en función del grado de confirmación (o de probabilidad) lógica que los elementos de prueba disponibles atribuyen a sus respectivas hipótesis. La segunda condición es que el criterio de coherencia de la narración sea entendido como un factor de decisión integrativo y eventual, y no como un canon único y absoluto.

Sobre la base de los métodos individualizados según el modelo de la probabilidad lógica, es posible establecer qué hechos, entre aquellos que se hayan conjeturado, pueden considerarse «verdaderos», en la medida en que su enunciación reciba una confirmación adecuada de los elementos de prueba disponibles. Hasta aquí, el método atomista funciona plenamente.

199. V., *supra*, la nota 196.
200. Cf. Twining, *Lawyers' Stories*, cit., p. 242.

Supuesto que se disponga de una serie de hechos concretos cuya veridicidad está confirmada, puede suceder que puedan ofrecerse diversas interpretaciones conjuntas de los mismos, es decir, que se puedan incluir en distintas *stories*. En ese caso, la elección entre esas versiones conjuntas de los hechos no está determinada por los criterios que guían el juicio atomista sobre los hechos concretos y *puede* ser guiada, en cambio, por un criterio analítico que lleve a privilegiar, entre las distintas *stories* posibles, aquella que ofrece una narración conjuntamente más coherente de los hechos en cuestión. De esta forma, el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos. Sin embargo, debe subrayarse que de este modo la coherencia narrativa opera como criterio diferencial y *marginal*, aunque en algún caso específico pueda resultar decisivo, porque determina la elección entre *stories equivalentes desde el punto de vista de la verdad de los hechos narrados*.

En resumen, la coherencia de una *story* no sustituye su correspondencia con la realidad ni equivale a la misma y no puede por sí sola representar la razón por la que esa *story* es seleccionada para figurar en la base de la decisión. Sólo la narración que relata hechos «verdaderos» puede ser valorada por su coherencia y únicamente en ese caso la coherencia de la narración es un criterio preferencial de elección.

Puede suceder que la *story* más coherente coincida con la *story* narrada por el abogado de una parte, en cuyo caso el juez decidirá «haciendo propia» la versión de los hechos propuesta por esa parte. En todo caso, es siempre necesario que se trate de una narración «verdadera», es decir, que los hechos narrados estén adecuadamente confirmados por los elementos de prueba.

Sin embargo, no es en absoluto necesario que la decisión sobre los hechos recoja *in toto* la narración propuesta por una u otra parte. En efecto, puede suceder que las pruebas confirmen la verdad de las hipótesis sobre los hechos *A*, *B* y *C*, que son algunos pero no todos los hechos narrados por el actor (que no ha probado los hechos *D* y *E*), y la verdad de los hechos *X* e *Y*, que son algunos pero no todos los hechos narrados por el demandado (que no ha probado los hechos *Z* y *W*).

Según las teorías holistas-narrativistas rigurosas, el juez podría *únicamente* escoger entre la narración de *A*, *B*, *C*, *D* y *E*, tomada en su totalidad (y aunque *D* y E no hayan sido probados) y la narración de *X*, *Y*, *Z* y *W*, tomada en su totalidad (y aunque *Z* y *W* no hayan sido probados), optando por aquella que le parezca más coherente. Según la perspectiva que aquí se propone, en cambio, el juez debería en cual-

quier caso escoger una *story* basada en *A*, *B*, *C*, *X* e *Y*, esto es, en el contexto de los hechos que se han determinado, aunque esa narración no coincida con ninguna de las *stories* propuestas por las partes. Lo que aquí importa, en realidad, no es que una *story* de parte se transfiera íntegramente a la decisión, sino que la decisión se fundamente en una *story* relativa a hechos verdaderos. Desde este punto de vista, resulta evidente que las *stories* de parte, coherentes o no, no son determinantes para la decisión, mientras que adquiere una importancia máxima la *story* narrada por el juez, esto es, la versión de los hechos que el juez construye, o «reconstruye», sobre la base de los elementos de prueba de los que dispone. Si ninguna de las narraciones de las partes está íntegramente confirmada por las pruebas, eso supone simplemente que la decisión no podrá coincidir con ninguna de ellas y que el juez deberá elaborar una tercera *story* que tenga en cuenta únicamente los hechos probados y «descarte» los hechos que no resulten probados[201].

En el ámbito de la narración llevada a cabo por el juez, el criterio de la coherencia resulta realmente importante porque es razonable que prevalezca, entre las distintas narraciones posibles que incluyen a *A*, *B*, *C*, *X* e *Y*, aquella más coherente y que, en cambio, sean rechazadas aquellas que no confieren coherencia al contexto de los hechos probados.

Por otra parte, está claro que el criterio de la coherencia, concebido de este modo, tiene únicamente un papel ocasional. En efecto, puede suceder que ni siquiera entre en juego, si es el caso que una sola *story* es concebible en referencia a los hechos que han resultado probados. Puede suceder, incluso, que el criterio de la coherencia se incumpla, en el caso en que el conjunto de los hechos probados no pueda incluirse en una narración armónica: en ese caso, se estará ante una decisión puramente «atomista» en la medida en que estará fundamentada exclusivamente en el juicio de verdad/falsedad referido a los hechos concretos. Pero no hay nada extraño en situaciones de este tipo: ciertamente, es preferible que una decisión se base en una *story* que dé cuenta de forma coherente de los hechos probados[202]. No obstante, si surge un conflicto entre la coherencia de la narración y el resultado de las pruebas, en el sentido de que resultan probados hechos que no guardan coherencia o bien no resultan probados todos los hechos que serían necesarios para hacer coherente la narración, entonces es inevitable que la decisión se base en una versión de los hechos que no respete el criterio de la coherencia narrativa. La función del juez no es hacer coherentes narraciones que no lo son sobre la base de las pruebas, ocasionalmente manipulando su resultado *ex post*[203]; más bien, debe componer un *puzzle* integrado únicamente por los hechos probados, extrayendo sus consecuencias jurídicas en términos de correspondencia/no correspondencia entre esos hechos y los supuestos de hecho jurídicos que se conjeturan aplicables[204]. Podrá entonces suceder que al ser incoherente o incompleto el conjunto de los hechos probados, éstos no estén en condiciones de fundar la aplicación de esta o aquella norma y no constituyan, por tanto, la condición fáctica del efecto jurídico invocado por una u otra parte. Pero todo esto cae completamente en la dinámica normal del proceso, donde sucede a menudo que un derecho no es reconocido si quien lo afirma no cumple con la carga de probar todos los hechos de los que aquél depende.

Parece, pues, evidente que la concepción holista sitúa adecuadamente el acento en la exigencia de una valoración global de las pruebas a la vista de una reconstrucción conjuntamente aceptable de los hechos de la causa. Su límite principal, sin embargo, está en el hecho de que no ofrece criterios comprensivos y seguros para la valoración «holista» de las pruebas que resulten alternativos respecto de los ofrecidos por el análisis atomista. Esos criterios no quedan individualizados en las apelaciones genéricas a la intuición o al sentido común y tampoco en las

201. El método para construir esa *story* no podrá estar basado en el análisis atomista de los hechos y de sus respectivas pruebas. Para ello me remito a los modelos examinados, *supra*, en los apartados 2 y 3.

202. Si, como parece (cf. Alexy y Peczenik, *op. cit.*, p. 144), la *coherence* es el elemento central de la justificación, frente a una reconstrucción incoherente de los hechos, resultará justificada la elección de una reconstrucción coherente de los mismos. No obstante, esto no afecta a la veridicidad de una u otra reconstrucción de los hechos: por un lado, como ya se ha dicho en diversas ocasiones (*supra* en el texto y también en el capítulo III, 1), la coherencia no garantiza por sí sola la verdad de una aserción; por otro lado, la coherencia como justificabilidad racional puede constituir un buen criterio de elección *únicamente* entre versiones verdaderas de los hechos, en cuanto confirmadas por pruebas. En el mismo sentido, cf. Comanducci, *La motivazione in fatto*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, p. 242.

203. Es insostenible la opinión de Tillers (*op. cit.*, pp. 303 ss., 306), según la cual el juez debería dar un sentido coherente a los distintos hechos, eventualmente descartando aquello que se oponga a este «sentido», y abandonando o modificando las pruebas para hacerlas coherentes con la *story*. La idea de que el juez *invente* la historia que reconstruye los hechos (*ivi*, p. 306) puede tener un sentido si significa que el juez *ponga orden* entre los hechos que resultan probados; en cambio, es exagerada y con toda probabilidad inaceptable si significa que, a los efectos de construir una historia coherente, el juez omita tomar en consideración hechos probados y dé por verdaderos hechos que no estén probados.

204. Sobre la compleja relación entre hecho y supuesto de hecho legal v., *supra*, capítulo II.

versiones narrativistas en las que se privilegia en elemento de la *narrative coherence*. Lo que la concepción holista no alcanza a ofrecer es, en particular, la demostración de la necesidad, y tampoco de la oportunidad, de criterios de decisión distintos de la correspondencia de la narración a la realidad de los hechos, verificada mediante los elementos de prueba disponibles en el caso concreto.

Por otra parte, la concepción atomista parece capaz de afrontar numerosos problemas que la concepción holista ni siquiera se plantea, pero que afectan directamente al contexto procesal en el que se sitúa la decisión sobre los hechos: así, por ejemplo, el supuesto de la relevancia jurídica y lógica de los hechos, de la función de la prueba, de la relación entre prueba y hecho o de la carga de la prueba.

Además, el método atomista parece en condiciones de ofrecer respuestas satisfactorias a los problemas que se plantean en el ámbito de la perspectiva holista. Para comprobarlo, basta no reducir el método atomista a la parte que se refiere más directamente al análisis de los hechos específicos y la valoración de cada medio de prueba, lo que, por otra parte, sería erróneo tanto desde el punto de vista histórico como teórico[205]. Al contrario, el método atomista, así entendido, representa únicamente un aspecto, aunque fundamental, de una *metodología analítica* más amplia que se enfrenta también a los problemas de la valoración combinada y conjunta de las pruebas[206]. Así pues, el método atomista no sufre inferioridad alguna respecto del método holista desde el punto de vista de la respectiva capacidad de afrontar y resolver problemas.

En todo caso, en el fondo de la oposición entre las concepciones holista y analítica acerca del juicio de hecho queda siempre el conflicto de pareceres sobre el presupuesto fundamental según el cual el criterio central del juicio de hecho es que la prueba sirve para controlar el grado de correspondencia entre la hipótesis sobre el hecho y la realidad empírica. La propuesta analítica no abandona este presupuesto y tiende a construir sobre la base del mismo una red de conceptos y de criterios metodológicamente correctos y tesis dirigidas a la racionalización de la valoración del juez sobre las pruebas. La concepción holista, en cambio, rechaza cualquier idea de correspondencia de la decisión

205. Pensadores como Bentham y Wigmore pertenecen indudablemente a la línea atomista, pero sus teorías no se limitan en absoluto al análisis atomista en el sentido más restringido del término, sino que afrontan también los problemas de la valoración combinada y conjunta de las pruebas. Al respecto, v., ampliamente, Twining, *Theories of Evidence*, cit., pp. 47 ss., 52 ss., 125 ss., 179 ss.

206. V., *supra*, en los apartados 3, 4.1, 4.2 e, *infra*, en el apartado 5.1.

sobre los hechos con la realidad empírica y, en consecuencia, está destinada a buscar criterios de decisión en el contexto de esta o aquella narración de los hechos, más bien que en la relación entre narración y hechos narrados.

Parece evidente, a partir de las consideraciones realizadas hasta este momento, que la concepción holista no consigue explicar el rechazo radical de todo «criterio de correspondencia»[207], pero también especialmente que esta concepción no consigue fundamentar una teoría aceptable de la decisión que realmente prescinda de la relación entre la reconstrucción judicial de los hechos y la realidad empírica de los mismos. Esta relación puede, por otra parte, ponerse en cuestión o incluso negarse sobre la base de distintas opciones filosóficas o de diversas concepciones acerca de la oportunidad o de la necesidad de que el proceso alcance reconstrucciones aceptables de los hechos. Pero en este nivel el problema se refiere a orientaciones de carácter generalísimo, de las que ya se ha discutido en otro lugar[208], y no a elecciones entre metodologías distintas de la valoración de las pruebas.

5.1. *Criterios conjuntos de decisión sobre el hecho*.–La concepción holista presenta los límites que acaban de mostrarse y, por tanto, no produce teorías globalmente alternativas, respecto de la teoría analítica, del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas. Sin embargo, es significativa incluso desde el punto de vista de la metodología analítica, en la medida en que subraya la importancia de la consideración conjunta de los hechos y de las pruebas que a ellos se refieren, así como de la individualización de criterios de decisión que no afecten únicamente a los hechos y las pruebas tomados aisladamente. Desde este punto de vista, es necesario desarrollar alguna reflexión adicional, teniendo presente que la determinación de criterios conjuntos de decisión no supone en absoluto el abandono de la metodología analítica en favor de alguna concepción holista, sino completar el cuadro analítico sobre la base de presupuestos que están intrínsecamente vinculados con él.

Así pues, permanece inamovible el presupuesto según el cual la decisión tiende a fundamentarse en una reconstrucción de los hechos correspondiente con la realidad empírica de los mismos, en la medida en que esto esté confirmado por las pruebas, tomadas por separado y en sus posibles combinaciones[209].

207. Sobre la posibilidad de que existan versiones aceptables y «no ingenuas» de este criterio v., *supra*, capítulo III, 1.

208. V., *supra*, en los capítulos I y III.

209. V., *supra*, apartados 2 y 3.

En el ámbito de este presupuesto es posible individualizar algunos criterios *conjuntos* que pueden entrar en juego en la decisión final sobre el hecho, determinando la elección racional del juez en favor de una reconstrucción global de los hechos y no de otras.

Se ha hecho ya mención a uno de esos criterios[210] cuando se ha observado que la coherencia narrativa no puede ser el criterio exclusivo de elección entre las *stories* narradas por las partes, pero que puede operar como un factor integrativo y eventual de elección, por parte del juez, entre diversas posibles reconstrucciones de los hechos resultantes de las pruebas. Una vez adquirido el resultado de las pruebas referido a cada hecho concreto (y establecido atomistamente), en el caso en que esos hechos puedan combinarse de distintas formas, parece razonable atribuir mayor aceptabilidad a la combinación que presente un grado mayor de coherencia narrativa.

Surgen otros criterios conjuntos si se toma en cuenta el problema de la reconstrucción global de los hechos, es decir, de la *story* construida por el juez, desde otros puntos de vista.

Así, por ejemplo, un factor importante de esta *story* puede ser su *coherencia lógica*. Al respecto, importan los elementos lógicos del «discurso» del juez sobre los hechos y, en particular, aquellos que se refieren a la no-contradicción y a la coherencia inferencial. En cuanto a la no-contradicción, se trata de evitar las situaciones que se producen, por ejemplo, si un mismo hecho se considera al mismo tiempo verdadero y falso, o si se consideran contemporáneamente verdaderos dos hechos recíprocamente incompatibles, o si se emplean en el mismo contexto reglas de inferencia incompatibles entre sí. La coherencia inferencial afecta a la estructura de la concatenación de inferencias con la que el juez vincula hechos distintos, secundarios y principales, a los efectos de extraer las consecuencias de los elementos de prueba disponibles[211].

Los problemas referidos a las inferencias y a sus concatenaciones se plantean normalmente en la valoración de las pruebas y aquellos referidos a la contradicción entre afirmaciones de hecho son habituales en función de las distintas alegaciones que realizan las partes sobre los hechos de la causa. Precisamente estos problemas son los que dan lugar a las distintas situaciones probatorias que se han examinado anteriormente[212]. Estas situaciones constituyen, por otra parte, las cuestiones que debe resolver el juez en la decisión sobre los hechos y sobre la base de las pruebas: por tanto, no pueden quedar sin resolver en el contexto de la «narración de los hechos» que el juez selecciona como hipótesis final de la decisión. Si no fuera así, la decisión no sería adecuada por no contener la solución de las cuestiones que deberían estar resueltas.

210. Cf. el apartado anterior.
211. Para un examen más analítico de las estructuras inferenciales en la valoración de las pruebas v., *supra*, apartados 2.2, 2.3 y 3.
212. V., *supra*, apartados 1 y 2.

Así pues, puede suceder que la *story* del juez sobre los hechos probados no responda plenamente a los cánones de la coherencia narrativa, pero si esto se produce por el resultado de las pruebas la decisión resulta igualmente aceptable. En cambio, la *story* no es racionalmente aceptable si no es *lógicamente coherente*, es decir, si el juez no ha resuelto claramente y sin contradicciones las cuestiones surgidas en las diversas situaciones probatorias.

Otro criterio que afecta en su conjunto a la narración de los hechos de la causa es el que puede denominarse de la *congruencia* de la narración respecto de los hechos. Este criterio puede tener alguna conexión con la coherencia narrativa[213], pero adquiere un significado distinto y más específico si se refiere a la relación entre la narración y el conjunto de los hechos determinados sobre la base de las pruebas[214]. Se puede considerar como congruente la narración que refleja el conjunto de los hechos efectivamente probados: en ella la *story* narrada organiza en un contexto significativo el resultado de la valoración atomista de los concretos medios de prueba en relación con los hechos.

La función principal del criterio de congruencia, así entendido, es la de asegurar que las narraciones de los hechos que se realizan en el proceso, y en especial la que al final es elaborada por el juez, tengan una estrecha correspondencia con los hechos de la causa sobre la base de su respectiva confirmación probatoria. Se comprende mejor esta función si se la considera en su versión negativa, es decir, en el sentido de la exclusión del conjunto de las *stories* significativas a los efectos de la decisión de aquellas incongruentes, por ser *incompletas* o *sobreabundantes*.

213. Se trata en todo caso de un criterio distinto del propuesto por MacCormick (respecto del cual puede verse la nota 23 del capítulo III). MacCormick piensa más bien en un «mundo nouménico» cuya coherencia ontológica debería garantizar la de las narraciones.
214. Obviamente, puede tratarse de una determinación «positiva» (cuando la hipótesis de la existencia del hecho queda confirmada) o «negativa» (cuando, en cambio, queda confirmada la hipótesis de la inexistencia del hecho). A los efectos de lo que se sostiene en el texto, lo que importa es que en cualquier caso existan proposiciones fundadas sobre las pruebas respecto de los distintos hechos.

Son incompletas las narraciones que no incluyen todos los hechos que han sido probados en el juicio. Esto puede suceder por no haber tomado en consideración todas las pruebas o porque, por cualquier motivo, no ha sido incluido en la narración un hecho para el que existen, en cambio, elementos de prueba. La incompletud está referida esencialmente a los hechos principales, pero puede producirse también por no tomar en consideración un hecho secundario, si de ello se deriva una laguna respecto de un hecho principal[215].

Puede resultar incompleta una narración de parte si resultan probados hechos posteriores respecto a los que la parte haya alegado: esto supone que aquella narración no sea suficiente para constituir una hipótesis de decisión válida. También puede ser incompleta la narración de los hechos llevada a cabo por el juez y tomada como base para la decisión: esto sucede si hace suya una narración incompleta propuesta por una parte o, en todo caso, si confecciona una versión de los hechos en la que no toma en cuenta circunstancias relevantes que hayan sido probadas. En ese caso la incongruencia por incompletud respecto del resultado de las pruebas constituye un vicio de la decisión (que los juristas conocen con el nombre de «omisión de examen de un hecho decisivo»)[216] en la medida en que resulta violado el principio fundamental según el cual la decisión debe adoptarse sobre la base de todas las pruebas disponibles.

Son sobreabundantes las narraciones que incluyen hechos adicionales respecto de los que han resultado probados: esos hechos son afirmados, pero esta afirmación no tiene apoyo en los elementos de prueba incorporados en el proceso. A menudo son sobreabundantes las narraciones de los hechos propuestas por las partes, en cuanto alegan hechos para los que no consiguen ofrecer prueba[217]. Desde el punto de vista jurídico, una narración de ese tipo no puede constituir la base de la decisión, en la medida en que la parte no ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbía. Pero incluso desde el punto de vista puramente racional, no es posible que una narración de este tipo se sitúe en la base de la decisión: ésta resultaría, en efecto, inaceptable y vicia-

215. Es lo que se produce, por ejemplo, cuando al no tomar en consideración un indicio se olvida o niega la existencia de un hecho jurídicamente relevante.

216. Cf. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 481 ss., 545 ss., también para referencias bibliográficas.

217. Obviamente, aquí interesan sólo los hechos relevantes para la decisión. Las partes a menudo narran circunstancias que no son jurídicamente relevantes, pero se trata de adiciones redundantes que pueden dejarse a un lado desde el punto de vista que aquí importa.

da porque presupondría la existencia de algunos hechos de los que no se tienen pruebas.

También puede ser sobreabundante la narración elaborada autónomamente por el juez para ponerla en la base de la decisión, pero también en este caso se trataría de una decisión viciada por oponerse al principio según el cual el juicio sobre los hechos debe basarse en el resultado de las pruebas.

Naturalmente, una narración sobre los hechos, propuesta por una parte o acogida por el juez, puede ser al mismo tiempo incompleta y sobreabundante. Esto ocurre cuando no toma en cuenta algunos hechos probados y, en compensación, incluye hechos no probados. Se tratará, en ese caso, de una narración doblemente incongruente que, a mayor razón, no puede ser racionalmente situada en la base de la decisión.

El mismo discurso es válido, además, con mayor razón aún, para la narración que sea *totalmente incongruente* porque afirma hechos absolutamente carentes de demostración probatoria y olvida los hechos determinados según las pruebas. Está claro, por otra parte, que esta narración es incongruente en la medida en que no tiene en cuenta los hechos probados, pero es también *falsa*, en la medida en que afirma, narrándolos como verdaderos, hechos que no lo son en el contexto de los elementos de confirmación incorporados al proceso.

Obsérvese, además, que todas las narraciones parcial o totalmente incongruentes pueden ser, en cambio, narrativamente coherentes y, por tanto, también persuasivas, si su autor consigue confeccionar de forma eficaz su *story*. Esto no tiene nada de extraño si se tiene en cuenta que también puede haber coherencia narrativa en narraciones total o parcialmente carentes de correspondencia con la eventual realidad empírica de los hechos que se narran.

Finalmente, vale la pena mencionar un criterio adicional, constituido por la correspondencia de los hechos determinados con un supuesto de hecho legal idóneo para constituir el criterio *jurídico* de la decisión.

Las concepciones holistas-narrativistas no olvidan la conexión entre *quaestio facti* y *quaestio juris*, pero una vez más formulan el problema en términos que no parecen particularmente útiles para comprender la dinámica de la decisión y los criterios de elección de cuya aplicación depende la decisión. Por un lado, decir que la individualización del hecho objeto del juicio está vinculada al esquema legal que se emplea para definir los términos de la controversia[218] significa redescu-

218. Cf., al respecto, Twining, *Lawyers' Stories*, cit., pp. 228 ss., así como Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 7 ss., 41 ss., 171 ss.

brir por enésima vez el lugar común según el cual los hechos que interesan en el proceso son aquellos definidos en función de las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia *in jure*. Esto es, notoriamente, obvio y no es ciertamente patrimonio exclusivo de las concepciones narrativistas del proceso.

Por otro lado, estas concepciones insisten en plantear el problema de la «definición legal» del hecho únicamente desde la óptica de las *stories* narradas por los defensores y no desde la óptica de la decisión formulada por el juez[219]. También respecto de este punto son válidas las observaciones realizadas anteriormente[220] en el sentido de que nada justifica el privilegio teórico atribuido al «punto de vista» del abogado ni tampoco la reducción al mismo del «punto de vista» del juez.

Por otra parte, como también se ha señalado ya, el problema de la decisión no es el de la adopción de la *story* fáctica/jurídica de una u otra parte, sino el de la construcción de una hipótesis resolutiva que el juez asuma como válida sobre la base de criterios racional y jurídicamente fundados.

Aparece así la importancia del criterio constituido por la correspondencia entre los hechos y el supuesto de hecho jurídico aplicable a los primeros. De forma general, esta relación conlleva la individualización de los hechos significativos en el proceso, en función del parámetro de su relevancia jurídica en relación con las normas aplicables. En la realidad, la formulación específica de esta relación suscita numerosos y complejos problemas[221], pero en línea de principio no es dudoso que ésta define «el hecho» que constituye propiamente el objeto de la actividad probatoria y de la decisión final del juez. La misma relación entre hecho y derecho, o bien entre supuesto de hecho concreto y supuesto de hecho legal, opera *ex post* —es decir, en la decisión— como criterio de elección entre las distintas reconstrucciones eventualmente posibles de los hechos que resultan probados.

Desde un punto de vista puramente teórico, se puede disponer, por un lado, de distintas narraciones posibles de los hechos probados y, por el otro, de distintos esquemas jurídicos hipotéticamente aplicables a ese caso concreto. El problema de la decisión consiste, entonces, en la individualización de la hipótesis de máxima correspondencia entre una narración de los hechos y un supuesto de hecho jurídico: la máxima correspondencia se obtiene cuando una narración de los hechos integra perfectamente el esquema fáctico del supuesto de hecho legal

219. Cf. Twining, *op. ult. cit.*, pp. 232 ss.
220. V., *supra*, apartado 5.
221. V. ampliamente, *supra*, capítulo II.

destinado a constituir el criterio jurídico de decisión, permaneciendo inamovible que en cierta medida también la elección del supuesto de hecho «justo» depende de la determinación de los hechos y, por tanto, de la narración de los mismos que parezca más aceptable[222]. Se estará, en cambio, ante una correspondencia parcial cuando una narración de los hechos integre sólo en parte el esquema fáctico de un supuesto de hecho legal y ante una falta de correspondencia cuando, ante un determinado supuesto de hecho legal, ninguno de sus presupuestos fácticos se encuentra en el ámbito de lo que resulta de las pruebas en el caso concreto.

Así pues, puede haber distintos grados de correspondencia entre las narraciones referidas a los hechos determinados y los supuestos de hecho legales aplicables: un criterio racional de elección entre distintas narraciones de los hechos está, en cualquier caso, representado por el grado tendencialmente o relativamente mayor de correspondencia de una narración respecto del supuesto de hecho legal que determina la decisión jurídica[223].

En todo caso, es útil recordar que este criterio es posterior y no sustitutivo o alternativo respecto de los otros criterios anteriormente examinados. En resumen, y aparte de la eventual relevancia del factor constitutivo de la coherencia narrativa, resulta que la decisión final sobre el hecho dotada del grado más elevado de racionalidad es la que se basa en una narración que sea, al mismo tiempo, lógicamente coherente, congruente respecto de los hechos que resulten probados y correspondiente al supuesto de hecho legal que se pone en la base de la decisión *in jure*.

222. Se deja aquí deliberadamente abierto el problema de la elección, por parte del juez del supuesto de hecho legal a aplicar como criterio de decisión (al respecto, v., en especial, capítulo II, 2.1 y 2.2).
223. Sobre las distintas articulaciones de la conexión hecho-derecho v., en cualquier caso, las consideraciones desarrolladas en el capítulo II.

Capítulo V

LA PRUEBA JURÍDICA

Sumario: 1. Prueba y prueba jurídica.–1.1. El juez y el científico.–1.2. El juez y el historiador.–1.3. La especificidad de la prueba jurídica.–1.4. Función persuasiva y función cognoscitiva de la prueba.–2. La regulación jurídica de la prueba.–2.1. Relevancia y admisibilidad.–2.2. La formación de la prueba.–2.3. Prueba legal y libre valoración.–3. Las pruebas atípicas.–3.1. Admisibilidad.–3.2. Eficacia.–4. Los controles sobre las pruebas.–4.1. Los criterios de control racional.–4.2. El principio de contradicción entre las partes.–4.3. La motivación del juicio sobre los hechos.

1. *Prueba y prueba jurídica*.–Las consideraciones realizadas en los capítulos precedentes han puesto en evidencia cómo en muy diversos sectores de la experiencia se plantea el problema de establecer el fundamento racional de conocimientos que, no perteneciendo al campo de la lógica demostrativa sino al de la experiencia empírica, son por definición «inciertos», no obstante lo cual están destinados a constituir la base para decisiones de diversa naturaleza. En esos sectores surge un esquema conceptual muy común que se puede denominar de *evidence and inference* y que se vale de aportes provenientes de distintos campos a los efectos de ofrecer instrumentos generales para la formulación y el control racional de las inferencias que fundamentan aserciones sobre hechos. En ese contexto, emerge una noción general de «prueba» como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos. Esto se corresponde, por un lado, con la noción lógica de prueba como

elemento que fundamenta un juicio[1], pero, por otro lado, constituye también la racionalización de las ideas de la prueba que se tienen en muchos campos de la experiencia. No es casualidad que el análisis de la problemática de la *evidence and inference* tienda a sumir una destacada autonomía y a producir una literatura no sectorial[2], a la vez que desarrollos de notable interés surgen en campos, en muchos sentidos, nuevos como el *intelligence analysis*[3].

El resultado de esta compleja elaboración, que en muchos aspectos no está en absoluto agotada, no es sólo una nueva definición del concepto general de prueba. Está claro, en efecto, que cuando se dice que es prueba todo elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho, se pone en juego un conjunto de conceptos como «inferencia», «aserción fáctica», «apoyo» o «grado de confirmación», que condicionan la definición de «prueba». Es más, es el completo contexto de la concepción inferencial del conocimiento (o, si se prefiere, de la racionalización de los conocimientos inciertos) el que determina lo que en ella se puede entender como «prueba». Parece claro, por otra parte, como ya obtenía a partir del análisis realizado en los capítulos anteriores, que el nodo fundamental de esta concepción de la prueba no es la individualización *a priori* de cosas o hechos a los que atribuir la etiqueta de «prueba», sino la determinación de la inferencia en función de la que (una proposición referida a) una cosa o un hecho puede constituir un elemento de confirmación racional de una aserción concerniente a un hecho.

Respecto de este contexto de ideas y análisis acerca del concepto general (y claramente interdisciplinar) de prueba, el problema de la prueba jurídica es ante todo su ubicación y especificidad. Se trata, en otros términos, de establecer si la prueba jurídica constituye o no un ejemplo reconducible a aquel contexto o, en todo caso, cuáles son —si los hay— los elementos que permiten eventualmente distinguir la prueba jurídica de las pruebas que pueden encontrarse en otros sectores del campo que se designa mediante la expresión *evidence and inference*.

La cuestión de la ubicación parecería que puede resolverse fácilmente, al menos desde el punto de vista de los estudiosos de la *evidence and inference*. En efecto, como ya se ha dicho anteriormente, los no juristas que se ocupan de estos problemas usan a menudo ejemplos y situaciones referidas a las pruebas judiciales y, además, algunas de las reflexiones más interesantes en el ámbito del análisis racional de la prueba jurídica provienen precisamente de la inserción de ese análisis en el contexto de la *evidence and inference*[4].

1. Cf., en especial, Löf, *Truth of a Proposition, Evidence of a Judgement, Validity of a Proof*, en *Synthese* 73, 1987, p. 417.
2. Entre los ejemplos más significativos v. los volúmenes de Schafer, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton, 1976, y de J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977.
3. Cf., al respecto, Schum, *Evidence and Inference for the Intelligence Analyst*, Lanham-New York-London, 1987, vols. I y II.

Sin embargo, mientras que por un lado situar la prueba jurídica en ese contexto no significa agotar sus problemas y anular sus peculiaridades, por el otro queda el hecho relevante de que para los juristas, y para los teóricos que asumen una aproximación idéntica o análoga a la de los juristas, el tema de la especificidad de la prueba jurídica constituye desde hace tiempo un *tópos* fundamental y uno de los temas más problemáticos y controvertidos de la teoría de la prueba. Además, puede incluso reabsorver la cuestión de la ubicación metodológica del concepto de prueba jurídica, dado que no está excluida la posibilidad de definir su especificidad de forma tan radical que produzca la negación de cualquier vinculación o analogía con otros fenómenos, hasta el punto de hacer de la prueba jurídica un tema autónomo y cerrado, impermeable a las interferencias y atracciones que pueden provenir de otros campos de investigación[5].

Así pues, cuando se empieza a examinar más directamente el concepto de prueba jurídica es necesario afrontar previamente la cuestión de si constituye un fenómeno tan específico que no es reconducible a ningún otro (con la consecuencia de que, entonces, es necesario construir la teoría exclusivamente en la dimensión jurídica) o si, en cambio, los elementos de especificidad que caracterizan y definen como tal a la prueba jurídica no excluyen su ubicación en un campo metodológico más amplio (en cuyo caso la teoría jurídica de la prueba constituiría una variante de una concepción más general).

4. V., por ejemplo, *supra*, capítulo III, 3.
5. Esto es lo que sucede en la teoría angloamericana ortodoxa de la prueba, según lo que afirma Twining, *Evidence and Legal Theory*, en *Legal Theory and Common Law*, ed. por W. Twining, Oxford, 1986, p. 66; Id., *What is the Law of Evidence?*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Esssays*, Oxfrod, 1990, pp. 188 ss., 197. La tendencia a reducir la prueba jurídica, y su respectivo análisis, a las normas jurídicas que se ocupan de las pruebas está, por otra parte, muy difundida en las distintas culturas y, en particular, en la italiana: v., por ejemplo, entre lo más reciente, Verde, *Prova legale e formalismo*, en *Foro It.*, V, 1990, pp. 465 ss. (v., además, la nota 47 e *ivi* en el texto). Esa reducción está también en la base de la distinción entre juez y científico (v., *infra*, apartado 1.1) y de la distinción entre prueba y verificación que parece extendida entre los filósofos que se ocupan de la prueba jurídica (al respecto, v., entre lo más reciente, Mazzarese, *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulygin's view*, en *Cognition and Interpretation of Law*, ed. por L. Gianformaggio y S. Paulson, Torino, 1992, pp. 164 ss.).

1.1. *El juez y el científico*.–Uno de los lugares comunes recurrentes en la doctrina que se ocupa de las pruebas y de la determinación judicial de los hechos consiste en presentar una oposición entre el juez y el científico (o entre el proceso y la investigación científica) para negar que entre ellos existan analogías significativas[6]. Esa negación se funda en algunas consideraciones banales, como por ejemplo el hecho de que el proceso impone necesariamente límites prácticos y jurídicos a la determinación de los hechos, mientras que la actividad del científico sería libre e ilimitada o bien el hecho de que el conocimiento científico se fundamenta en la repetición de experimentos, mientras que, en general, el conocimiento del juez versa únicamente sobre hechos individuales pasados y no repetibles. Se obtiene de aquí, más o menos explícitamente en función de los casos, una serie de consecuencias entre las que destaca la tendencia a excluir que las metodologías científicas puedan ofrecer modelos para el análisis de las pruebas o que el razonamiento del juez sobre los hechos pueda reconstruirse según los modelos del razonamiento científico.

6. Se trata de un lugar común ampliamente difundido en la doctrina de distintos países y en diversas fases históricas. En términos generales, v., entre lo más reciente, Alchourrón y Bulygin, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en Id., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 311 ss.; Bulygin, *Sull'interpretazione giuridica*, en *Analisi e diritto* 1992, pp. 24 ss.

Respecto de la doctrina italiana, basta recordar los importantes ejemplos de Chiovenda (cf. *Principii di diritto precessuale civile*, reed., Napoli, 1965, pp. 77, 809 —tr. cast., *Principios de derecho procesal civil*, a cargo de J. Casais y Santaló, Madrid, 1977, vol. I, pp. 107 s., y vol II, p. 296—), sobre el que pueden verse algunos comentarios en Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, en *Riv. dir. proc.*, 1986, pp. 239 ss. En la doctrina más reciente v. algunas reflexiones en Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, en *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 414 ss., y en Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ahora en Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 395, nota 133.

Respecto de la doctrina en lengua francesa, v. los comentarios de Batiffol, *Observations sur la preuve des faits*, en *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, pp. 303 ss.; también Lévy-Bruhl, *La prueve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, 1964, pp. 24, 150 s., y el tratamiento general de Perelman, *La spécificité de la preuve juridique*, en *La preuve*, en los *Rec. Soc. J. Bodin*, XIX, Bruxelles, 1963, pp. 5 ss. En la doctrina americana cf., en especial, Weinstein, *Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials*, en *Col. L. Rev.* 66, 1966, pp. 299 ss., y Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, en *Virg. L. Rev.* 64, 1978, pp. 12 (y v. también Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 3, 47).

En general, sobre la distinción entre ciencia jurídica y ciencias naturales cf. Zaccaria, *Ermeneutica giuridica ed epistemologia*, ahora en Id., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 151 ss. Para un análisis teórico y sistemático de la diferencia entre determinación de la verdad judicial y conocimiento científico cf. Wróblewski, *The Problem of the So-Called Judicial Truth*, en Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, ²1983, pp. 180 ss.

El problema es, sin embargo, mucho más delicado y complejo de cuanto pueda parecer a partir de las pocas y obvias consideraciones con las que a menudo se liquida, especialmente por quien pretende combatir cualquier versión «científica» del papel del juez respecto de los hechos y de la función de las pruebas del proceso.

Es obvio, en efecto, que no existe una total y absoluta coincidencia entre juez y científico, entre proceso y laboratorio y entre prueba y experimento. En consecuencia, es obvio también que no puede obtenerse ninguna definición aceptable de la prueba (o del proceso o del razonamiento del juez) apelando a las correspondientes definiciones que se suponen válidas en la «vertiente científica» de la distinción. Pero no es en absoluto obvio que entre juez y científico no exista alguna conexión significativa, en general y en particular, en el ámbito de la prueba y del razonamiento sobre los hechos. Especialmente, no es en absoluto obvio que toda toma en consideración de metodologías científicas o de modelos de razonamiento científico deba ser necesariamente extraña al análisis del problema de la prueba jurídica.

La aproximación que aquí se está analizando se fundamenta, por un lado, en algunas verdades banales y, por otro lado, en presupuestos ambiguos o insostenibles.

Puede observarse que el problema de la distinción/analogía entre el juez y el científico se plantea y se resuelve de distintas formas en función de las imágenes (y de las ideologías) del juez y del científico que se adopten para formularlo. Por lo que respecta al juez, la solución se inclinará netamente hacia la exclusión de cualquier analogía si se piensa en el juez de un proceso que no puede o no debe tender hacia la determinación de la verdad de los hechos, mientras que puede concebirse alguna analogía si se piensa, sobre la base de una ideología legal-racional de la decisión, que el juez puede y por tanto debe realizar una determinación verdadera de los hechos sobre la base de un uso racional de las pruebas[7]. Por lo que respecta a la imagen del científico, el contraste aumenta si tiene, como es el caso normalmente de los juristas, una idea algo mítica y en cualquier caso reductiva del científico que sólo realiza experimentos con aparatos[8], pero disminuye si se to-

7. V., *supra*, capítulo I, 2 y 4.2.

8. También reductiva y engañosa es la imagen del matemático que realiza únicamente demostraciones deductivas, empleada por Perelman, *op. cit.*, pp. 5 ss., 8, 14 ss. Se trata de una imagen provechosa, que permite a Perelman sustraer del campo de la ciencia, para ampliar en consecuencia el de la retórica, todo aquello que no es demostración deductiva y reconducir a este último y no al primero el fenómeno de la prueba jurídica. Pero se trata también de una imagen patentemente falsa, como resulta obvio si se mira la ciencia desde un punto de vista menos tradicional y menos restringido. En cuanto a la

man en cuenta los análisis más equilibrados del razonamiento científico ofrecidos por la epistemología contemporánea, aparte del hecho de que ya desde hace mucho tiempo el razonamiento científico no coincide totalmente con los métodos de las ciencias experimentales y no se reduce a éstos[9].

Debe tomarse en consideración, además, que más allá de las posibles vinculaciones e influencias más generales que los modelos de las ciencias naturales ejerzan sobre las concepciones generales de la ciencia jurídica[10], pueden identificarse relevantes vinculaciones específicas entre el razonamiento del juez sobre los hechos y sobre las pruebas y las metodologías de carácter científico.

Ante todo, pueden encontrarse analogías destacables entre los mecanismos de funcionamiento de algunos fenómenos jurídicos, entre los que figura la determinación de los hechos, y algunos aspectos de los sistemas teóricos de las ciencias tal como son analizados, especialmente, en el ámbito de la epistemología postpositivista.

Últimamente se ha subrayado que en el pensamiento de los distintos exponentes de esta epistemología, desde Popper hasta Kuhn, desde Rescher hasta Polanyi, hay la tendencia a afrontar problemas de teoría de la ciencia utilizando modelos jurídicos[11].

En particular, es precisamente la determinación judicial de los hechos, con sus características de relatividad y razonabilidad, la que constituye un *analogue model* utilizable desde el punto de vista del control

prueba jurídica, basta fijarse en las relevantes contribuciones que en los últimos años provienen de elaboraciones matemáticas o, en todo caso, realizadas en diversos sectores de la ciencia no jurídica (v. en general, *supra*, el capítulo III).

9. Un análisis de notable interés al respecto, orientado hacia la oposición con los modelos jurídicos, puede encontrarse en Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, 1984, especialmente, pp. 24 ss., 46 ss., 83 ss. y 217; Zaccaria, *op. cit.*, pp. 158 ss. Cf., además, Villa, *La scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1984, pp. 401 ss., y *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, *ivi*, 2, 1985, pp. 371 ss.; Jori, *Scienza giuridica e scienze naturali*, *ivi*, 2, 1985, pp. 423 ss. Una tipología de los modelos de ciencia jurídica puede encontrarse en Wróblewski, *Contemporary Models of the Legal Sciences*, Wroclaw-Warszawa-Gdansk-Lódz, 1989, pp. 87 ss.

10. Sobre estos problemas cf. Tripp, *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1983; Zaccaria, *op. cit.*, pp. 152 ss.; Mazzacane, *Scienze naturali, matematiche e giurisprudenza*, en *Annali di storia del diritto*, XII-XIII, 1968-69, pp. 429 ss.; Wróblewski, *op. ult. cit.*, pp. 89 ss., 100 ss., 106 ss., y, entre lo más reciente, interesantes reflexiones en Treggiari, *«Questione del metodo» e interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 126. V., además, los trabajos de Villa y de Jori citados en la nota anterior.

11. Cf., en especial, Villa, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 225 ss.

empírico de las teorías científicas[12]. Hay además otro aspecto, distinto y más general pero también relevante para el juicio sobre los hechos, que presenta una analogía entre experiencia jurídica y teorías científicas, que concierne a la estructura lógica de los argumentos racionales que se emplean en los dos campos para justificar las decisiones[13].

Naturalmente, estos elementos no son suficientes para fundamentar una coincidencia, por otra parte imposible, entre el razonamiento científico y el razonamiento del juez en la determinación del hecho. En cambio, sí muestran con suficiente claridad la carencia de justificación de las posiciones teóricas que niegan *a priori* cualquier analogía entre los dos tipos de razonamiento. Al contrario, es precisamente en el ámbito de los modelos racionales de control empírico, o bien de correlación justificativa entre hechos e hipótesis justificativas, donde se presentan los elementos más interesantes de analogía entre los procedimientos usados por el juez y los empleados por el científico. Así pues, no debería sorprender que surjan sectores de investigación, como en materia de *evidence and inference*, en los que los problemas que para el jurista afectan a la prueba jurídica se planteen y analicen en términos mucho más generales y comunes a sectores distintos de experiencia.

Por otra parte, el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de «pruebas científicas» demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso[14]. Permanece así inalterable el carácter de específica «cientificidad» de la prueba, derivado del hecho de que ésta supone el uso de métodos y conocimientos que trascienden el saber del hombre medio[15], pero esto no impide que corresponda en todo caso al juez servirse de esas pruebas particulares en la determinación de los hechos. Se plantea entonces el problema de cómo puede el juez, típico «hombre medio» desde el punto de vista cultural, valorar racionalmente elementos de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media[16]. Independientemente de cómo se resuelva este problema, resulta evidente que es menos dramático a medida que se reduce la distancia entre los

12. Cf. Villa, *op. ult. cit.*, p. 228; Zaccaria, *op. cit.*, pp. 167 ss.

13. Cf., también sobre este aspecto del problema, Villa, *op. ult. cit.*, pp. 235 ss.

14. Sobre el uso de pruebas científicas v., ampliamente, Denti, *Scientificità della prova*, cit., pp. 414 ss.; Lacey, *Scientific Evidence*, en *Jurim. J.* 24, 1984, pp. 254 ss.; Korn, *Law, Fact and Science in the Courts*, en *Col. L. Rev.* 66, 1966, pp. 1080 ss. Sobre el uso de las metodologías estadísticas v., *supra*, capítulo II, 5.2 y capítulo III, 3.4.

15. V., en especial, Denti, *op. cit.*, p. 416.

16. Cf. Denti, *op. cit.*, pp. 429 ss.

esquemas culturales que usa el juez y los métodos científicos con los que se forman las pruebas en cuestión. Debe observarse, por otra parte, que el juez no tiene necesidad de poseer todas las nociones y las técnicas que necesita el científico para producir la prueba, sino que le basta, más bien, con disponer de los esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica a los efectos de la determinación del hecho. Tampoco desde este punto de vista se produce una identidad de métodos entre el juez y el científico, sino un uso por parte del juez de instrumentos de análisis que permitan la valoración de pruebas producidas mediante métodos científicos.

Así pues, si se va más allá de las toscas y banales contraposiciones basadas en ideas míticas del científico y en ideologías discutibles del papel del juez, son esencialmente dos los planos bajo los que se plantea sensatamente el problema de la relación entre la ciencia y la determinación judicial de los hechos.

El primero de los planos ha sido puesto de manifiesto, en especial, por Denti[17] y se refiere a la necesidad de que el uso de las pruebas se sujete siempre al control social a cargo de la cultura media difundida en la colectividad. Se trata de una exigencia de importancia decisiva y suficiente para precluir por sí sola cualquier tentación de reducir el papel del juez al del científico. Por otra parte, también sería probablemente excesiva la reducción opuesta, que excluyese del razonamiento del juez sobre las pruebas cualquier elemento de cientificidad para reconducirlo exclusivamente a las reglas del sentido común. Es verdaderamente difícil confiar de forma exclusiva en el sentido común o en la cultura media de una colectividad, no sólo porque es imposible establecer rigurosamente en qué consisten sino también porque es conocido que ambos contienen un repertorio muy amplio y variado de errores de método[18]. El sentido común y la cultura media ofrecen, pues, escasas garantías no sólo para una valoración científica, sino también para una valoración racional o razonable de las pruebas, especialmente cuando éstas implican problemas complejos, de forma que no parece especialmente confiable una valoración que se remita a ellos de forma genérica e indeterminada. Además, no hay ninguna necesidad de referirse, en presencia de culturas muy diversificadas y estratificadas, a los niveles más bajos y más toscos del sentido común, aunque quizás éstos son los comunes a un número más elevado de personas. Parece, en

17. *Op. cit.*, pp. 415 ss., 434.

18. V., por ejemplo, el análisis en cierto sentido desmoralizante desarrollado por Nisbett y Ross en *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgement*, New Jersey, 1980.

efecto, más seguro y confiable, aunque quizás menos «popular», un control que se ejercite a través de una cultura media-alta (antes que media-baja) que contenga al menos las bases esenciales para una valoración racional e incluso científica —si es necesario— de las pruebas que se emplean para determinar los hechos. No hay razones, en efecto, para situar la prueba del hecho en juicio a un nivel metodológico inferior al que se exige en numerosos sectores de la experiencia, como la gestión económica, el uso del ordenador, la conducción de máquinas sofisticadas, el uso de medicinas, etcétera[19].

El segundo problema se refiere a la necesidad de que las nociones y métodos científicos se usen de un modo correcto cuando se utilizan para la determinación de los hechos en juicio. En lo que por muchos ha sido entendido como un manifiesto en contra del uso de métodos científicos en el proceso, Laurence Tribe denunciaba, en cambio, un inconveniente muy distinto: el uso incontrolado e incorrecto de cálculos estadísticos sofisticados como medios para determinar el hecho[20]. La exigencia sobre la que Tribe ponía especialmente el acento no era, en efecto, la de impedir al juez que utilizara métodos científicos en la prueba de los hechos o en la valoración de las pruebas, sino la de evitar el uso incorrecto e impropio, y científicamente incontrolado, de métodos científicos (en particular del cálculo estadístico basado en el teorema de Bayes)[21] en la determinación de los hechos.

Tribe ponía oportunamente el acento sobre los graves peligros de los errores de juicio que se producen cuando el juez interpreta el papel del aprendiz de brujo, es decir, cuando asume las vestimentas del científico sin tener su capacidad. Está claro, sin embargo, que todo esto debe inducir a temer y a evitar el mal uso de la ciencia en el proceso, no el uso correcto y apropiado de la misma siempre que el empleo de métodos científicos permita una determinación de los hechos más racional y más fundamentada.

19. Observa adecuadamente Twining, *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 63, que la valoración de las pruebas se produce en los más diversos campos de la experiencia, incluso no jurídica, de forma que no tiene sentido tratar la prueba como un *unicum* reservado a los juristas.

20. Cf. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, en *Harv. L. Rev.* 84, 1971, pp. 1329 ss. El trabajo de Tribe es una crítica a Finkelstein y Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, *ibid.* 83, 1970, pp. 484 ss., y provocó un debate de notable interés, respecto del que puede verse también Finkelstein y Fairley, *A Comment on Trial by Mathematics*, *ivi*, 84, 1971, pp. 1801 ss., y Tribe, *A Further Critique on Mathematical Proof*, *ivi* 84, 1971, pp. 1810 ss.

21. Sobre los límites de una correcta aplicación de este cálculo v., *supra*, capítulo III, 3.3.

Sigue así resultando inaceptable, pues, toda identificación apriorística entre el papel que se supone que es típico del juez y el que se supone que es típico del científico. Sin embargo, esto no permite trazar entre las dos figuras una neta e infranqueable línea de separación: si es verdad que la epistemología se refiere a los modelos de la decisión judicial, es también verdadero que en el plano metodológico general, y en numerosos casos específicos, el juez puede usar y valorar correctamente pruebas únicamente si usa esquemas racionales análogos a los del científico.

1.2. *El juez y el historiador*.–El lugar común cuya utilización es quizás más frecuente a los efectos de clarificar la actividad cognoscitiva que el juez realiza en la determinación de los hechos es la analogía entre el juez y el historiador. La referencia a esta analogía está muy difundida en términos genéricos en la doctrina relativa al juicio de hecho y al problema de la prueba[22].

La analogía se basa habitualmente en el hecho de que el juez y el historiador tienen frente a sí el problema de reconstruir un hecho individual del pasado, no repetible y no directamente conocido, de forma que surge para ambos la necesidad de hacer uso de pruebas que permitan el conocimiento indirecto de ese hecho[23]. Además, ambos pretenden establecer la verdad del hecho[24], aunque esta noción se utiliza a menudo de forma muy genérica y, en todo caso, problemática[25].

Naturalmente, quien asume la analogía entre el juez y el historiador no olvida que entre las actividades de uno y otro hay también significativas diferencias, de forma que, por ejemplo, se subraya que la investigación del historiador es libre e ilimitada mientras que la del juez tiene límites determinados por el hecho de que son las partes las que individualizan los hechos a probar y establecen qué pruebas deben ser usadas, aparte de que la ley procesal prevé procedimientos y principios (como el que impone la prohibición de pronunciar un *non liquet*) que no vale para el historiador[26]. Se sostiene, no obstante, que estas diferencias, a pesar de ser relevantes, no son suficientes para hacer perder a la actividad del juez «ese carácter de investigación histórica que, sin embargo, conserva como la que tiene por objeto el conocimiento concreto de hechos realmente acaecidos»[27].

A pesar del fundamento intuitivo que constituye la razón de su difusión en la cultura jurídica y no jurídica[28], parece lícito dudar de que la analogía entre el juez y el historiador sea sostenible de forma general y que sea de algún modo utilizable como esquema conceptual capaz de clarificar las modalidades de la determinación judicial de los hechos sobre la base de las pruebas.

22. En la doctrina italiana la referencia esencial es a los dos autores que de forma más amplia se han ocupado del problema: cf. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, reed. 1964, pp. 128 ss., y Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, ahora en Id., *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 393 ss. [tr. cast., *El juez y el historiador*, a cargo de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, pp. 107 ss.]. Para una refomulación crítica de la cuestión cf. Taruffo, *Il giudice e lo storico: considerazione metodologiche*, en *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 438 ss.

En la doctrina francesa la analogía se formula en términos parecidos: cf. Batiffol, *op. cit.*, p. 304; Foriers, *Considerations sur la preuve judiciaire*, en *La preuve en droit*, cit., p. 317. En la doctrina de lengua inglesa cf., en especial, Twining, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, en Id., *Rethinking Evidence*, cit., pp. 106 ss. Sobre este tema cf. también Mitsoupolos, *Historisches und richterliches Wissen*, en *Festschr. für K.H. Schwab*, München, 1990, pp. 337 ss.

23. Cf. Calamandrei, *op. cit., loc. cit.*; Calogero, *op. cit.*, p. 129. Calogero añade (*ivi*, p. 128) un elemento adicional, constituido por el hecho de que tanto para el juez como para el historiador el «hecho» tiene significado únicamente como acción del hombre. Esta aserción es, sin embargo, muy discutible tanto en lo que se refiere a la actividad cognoscitiva del juez como en lo que se refiere a la actividad del historiador.

24. Cf. Calamandrei, *op. cit.*, p. 402 [tr. cast., *op. cit.*, p. 117]; Calogero, *op. cit.*, p. 129. Sobre la «pretensión de verdad» de la interpretación histórica v., entre lo más reciente, Zaccaria, *La comprensione narrativa nell'interpretazione giuridica, storica, letteraria*, en Id., *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 125 ss.

25. Un aspecto relevante de esta problematicidad deriva del hecho de que a veces la analogía entre el juez y el historiador se extiende hasta cubrir la determinación de la norma que se aplica al hecho: cf. Calogero, *op. cit.*, pp. 137 ss.; en sentido crítico, sobre la base de una concepción voluntarista de la decisión judicial, v. Calamandrei, *op. cit.*, pp. 405 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 121 ss.] (quien, sin embargo, afirma en la página 398 —tr. cast., pp. 112 s.— que también las «disposiciones del derecho objetivo» son «datos históricos»).

26. Cf., en especial, el análisis de Calamandrei, *op. cit.*, pp. 399 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 113 ss.] y también, pero con menos claridad, Calogero, *op. cit.*, pp. 130 ss. Cf. además Foriers, *op. cit.*, *loc. cit.*; Twining, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*; Perelman, *op. cit.*, pp. 10 ss.

27. Así, textualmente, Calamandrei, *op. cit.*, p. 401 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 115 s.]; en el mismo sentido, Calogero, *op. cit.*, pp. 132 ss.

En términos más generales, y mucho menos toscos desde el punto de vista metodológico, la analogía entre el juez y el historiador ha sido reafirmada recientemente por Zaccaria, *La comprensione narrativa*, cit., pp. 128 s., y por Pizzi, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, en *La conoscenza del fatto sul processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, pp. 207 ss.; una versión actualizada de esta analogía se encuentra también en Twining, *op. ult. cit.*, p. 109.

28. La analogía que está siendo examinada es sostenida, por ejemplo, por Ricoeur, *Tiempo y narración*, vol. I, tr. cast. a cargo de A. Neira, Madrid, 1995, pp. 260 ss., para quien el historiador, como el juez, debe intentar demostrar que una explicación sobre un hecho es mejor que otra y lo hace utilizando pruebas.

Por un lado parece, en efecto, evidente que la analogía se basa en una idea poco atendible y fuertemente reductiva de la actividad del historiador, al presuponer que también el historiador, como el juez, reconstruye hechos pasados, individuales e irrepetibles[29]. Ahora bien, seguramente es verdad que algunas veces el historiador hace cosas de ese tipo, pero también lo es que resulta insostenible que ésta sea realmente su actividad en sentido estricto. Por un lado, de esa forma se olvida el hecho de que el problema central de la historiografía es el de la explicación y comprensión del hecho más bien que el de su pura y simple determinación[30]; por otro lado, no se toma en cuenta que a menudo el historiador no está en absoluto interesado en reconstruir hechos particulares e individuales y se ocupa, en cambio, de la determinación de constantes, leyes, grandes tendencias y transformaciones económicas y políticas de sociedades completas[31], o bien de situaciones complejas referidas a sujetos colectivos (como grupos o clases sociales) y no de situaciones simples relativas a sujetos individuales[32].

Además, esta visión simple de la actividad del historiador no toma en consideración el hecho de que precisamente el objeto y las modalidades metodológicas de la historiografía constituyen desde hace mucho tiempo el objeto de un debate teórico de gran interés y también de notable complejidad: está en discusión la naturaleza científico-positi-

29. Para un análisis crítico del «evento histórico» cf. Ricoeur, *op. cit.*, pp. 148 ss.

30. Cf., en particular, también para las necesarias referencias bibliográficas, Pietro Rossi, *Introduzione*, en *La teoria della storiografia oggi*, ed. por P. Rossi, Milano, ²1988, pp. VII ss.; Danto, *Spiegazione storica, comprensione storica e scienze umane*, *ivi*, pp. 5 ss.; Ricoeur, *op. cit.*, pp. 151 ss., 194 ss.

Para Zaccaria, *op. ult. cit.*, pp. 128 s., la explicación histórica consistiría en la defensa por parte del historiador de sus propias hipótesis interpretativas frente a tesis opuestas y esto constituiría una factor de analogía entre el historiador y el juez. No es éste el lugar de discutir esta tesis de forma general; se puede, en cambio, dudar de que sea válida en relación con el tema específico de la determinación de los hechos: por un lado, en realidad, parece privilegiar el discurso que realiza el juez en la motivación para justificar sus propias decisiones, pero deja a un lado el procedimiento mediante el que los hechos son determinados sobre la base de las pruebas; por el otro, supone que se acoja una concepción retórico-persuasiva de la prueba que no parece aceptable (v., *infra*, apartados 1.3 y 1.4.)

31. En referencia a la dimensión de la historia de los *événements de longue durée*, característica de la escuela francesa de los *Annales*, cf. Rossi, *op. cit.*, p. XVIII; White, *La questione della narrazione nella teoria contemporanea della storiografia*, en *La teoria*, cit., pp. 44 ss.; Mommsen, *La storia come scienza storica*, *ivi*, pp. 80 ss.; Ricoeur, *op. cit.*, pp. 159 ss.; Gemelli, *Le «Annales» nel secondo dopoguerra: un paradigma?*, en *La storiografia contemporanea. Indirizzi e problemi*, ed. por P. Rossi, Milano, 1987, pp. 5 ss.

32. Sobre esta diferencia «subjetiva» v., en particular, Zaccaria, *op. ult. cit.*, p. 129.

vista de la historiografía[33] y se enfrentan grandes tendencias como las del llamado narrativismo[34] o de la configuración de la historia como ciencia social[35]. Todo ello afecta directamente a la definición objetiva y estructural de la actividad del historiador, de forma que parece intolerablemente *naïf* continuar pensando que éste, como el juez, desarrolla una actividad consistente en determinar hechos particulares sobre la base de pruebas[36].

Por otro lado, en sus versiones más difundidas la analogía entre el juez y el historiador no dice nada significativo sobre lo que hace el juez, ya que tampoco dice nada significativo sobre lo que hace el historiador. En otros términos: incluso si se ponen entre paréntesis las consideraciones recién realizadas sobre la complejidad del problema metodológico de la historiografía e incluso tomando en cuenta ese aspecto parcial de la actividad del historiador que consiste en reconstruir hechos particulares, la analogía no parece significativa a los efectos de establecer lo que hace el juez a través del conocimiento de lo que hace el historiador. En efecto, o bien esa analogía se traduce en una remisión genérica a algo (la actividad del historiador) que permanece indeterminado, o bien, si la remisión es al «método científico» del historiador en la reconstrucción del hecho, se descubre fácilmente que de ese modo no se llega a una metodología típica y específica de la reconstrucción histórica, sino a una problemática epistemológica de orden mucho más general. En efecto, ésta afecta a los fundamentos científicos y a los métodos lógicos del conocimiento histórico, vistos a su vez

33. Cf., en particular, Rossi, *op. cit.*, pp. VIII ss.; Topolski, *El carácter científico de la historiografía y sus límites*, en *La teoría*, cit., pp. 159 ss.; Danto, *op. cit.*, pp. 7 ss. Sobre las teorías neopositivistas de la historiografía v., ampliamente, Ricoeur, *op. cit.*, pp. 169 ss.

34. Cf. Rossi, *op. cit.*, pp. XII ss.; White, *op. cit.*, pp. 33 ss.; Id., *Retorica e storia*, tr. it., Milano, 1978; Dray, *Alcune riflessioni sul narrativismo e sui suoi problemi*, en *La teoria*, cit., pp. 187 ss.; Mommsen, *op. cit.*, pp. 106 ss.; Ricoeur, *op. cit.*, pp. 209 ss.; Danto, *Analytical Philosophy of History*, London, 1965; Veyne, *Cómo se escribe la historia. Ensayo de epistemología*, tr. cast. a cargo de M. Muñoz, Madrid, 1972.

35. Cf. Mommsen, *op. cit.*, pp. 79 ss.; Furet, *I metodi delle scienze sociali nella ricerca storica e la «storia totale»*, en *La teoria*, cit., pp. 117 ss.; Kosellek, *La storia sociale moderna e i tempi storici*, *ivi*, pp. 141 ss.; Conte, *La storiografia come scienza sociale storica*, en *La storiografia contemporanea*, cit., pp. 59 ss.; Giarrizzo, *Il rifugio delle scienze sociali*, *ivi*, pp. 354 ss.

36. Está ya generalizada, en efecto, la constatación de irreducible pluralidad y diversificación de los objetos, de los métodos y de los presupuestos culturales de la actividad historiográfica: v., por ejemplo, Rossi, *op. cit.*, p. XXI; Id., *Introduzione*, en *La storiografia contemporanea*, cit.; White, *op. cit.*, pp. 41 ss.; Mommsen, *op. cit.*, pp. 92 ss.; Furet, *op. cit.*, p. 139; Kosellek, *op. cit.*, pp. 142 ss.; Topolski, *op. cit.*, pp. 165 ss.; Twining, *op. ult. cit.*, p. 107.

como ejemplos particulares de una problemática y de una metodología más general[37].

Se pone de manifiesto, entonces, que el paso de la actividad del juez a través de la analogía de la actividad del historiador supone un círculo inútil (y, al menos en parte, también vicioso): también el análisis racional de la actividad del historiador, como el de la actividad del juez, remite a problemas epistemológicos generales (aparte de tener una fuerte especificidad propia no transferible al caso del juez). En resumen, las actividades del juez y del historiador se parecen muy poco desde numerosos puntos de vista y cuando surge alguna semejanza referida a la forma en que reconstruyen hechos pasados sobre la base de pruebas, ésta no depende de analogías o identidades ontológicas y estructurales entre los dos procedimientos cognoscitivos. La explicación de esa semejanza parece residir más bien en el hecho de que en alguna medida, aunque sea en el ámbito de contextos muy distintos, puede suceder que en algunas ocasiones el historiador deba afrontar un problema del mismo tipo que el que habitualmente se plantea el juez: cuando esto se produce no se da una situación típica del historiador (o del juez o de ambos), sino una situación en la que entran en juego los criterios generales del conocimiento general. Hay, pues, una semejanza en la medida en que la solución del problema del historiador y la del problema del juez estén, *cada una por su parte*, vinculadas a problemas epistemológicos de orden general.

Por otra parte, desde el punto de vista estructural, se trata de semejanzas genéricas y extrínsecas, dispuestas a disolverse en cuanto son sometidas a un inicio de análisis. Es verdad, en efecto, que el juez y el historiador reconstruyen hechos pasados, pero es fácil observar que se trata de hechos distintos y que para el historiador no es en absoluto típica la actividad que sí lo es, en cambio, para el juez: la determinación de hechos específicos e individuales. Es verdad también que el juez y el historiador seleccionan los hechos que reconstruyen[38], pero esto se realiza siguiendo criterios de selección absolutamente distintos: para el juez se trata de criterios de relevancia jurídica del específico supuesto de hecho controvertido[39], mientras que el historiador selecciona los hechos que le interesan según su elección del tema de investigación y sobre la base de criterios de relevancia social, nómica, psicológica, cultural y, en cualquier caso, en función de la narración que pretende desarrollar. Es verdad, finalmente, que ambos se plantean el problema del conocimiento indirecto de hechos pasados, pero es también verdad que este conocimiento se obtiene mediante metodologías en su mayor parte distintas.

La analogía examinada existe, pues, bajo ciertos aspectos (mientras que es evidentemente inaceptable desde otros numerosos puntos de vista), pero incluso dentro de los límites en los que puede ser sensatamente planteada, no parece particularmente fructífera: en efecto, no ofrece esquemas de análisis o datos cognoscitivos acerca de la determinación de los hechos realizada por el juez que se obtengan específicamente del conocimiento de la actividad del historiador. En particular, no se deriva ningún dato relevante de esa analogía en referencia a la noción de prueba y a las modalidades de uso racional de los medios de prueba en el ámbito del proceso.

1.3. *La especificidad de la prueba jurídica.*–Si la rígida distinción entre el juez y el científico, como la analogía entre el juez y el historiador, resultan mucho menos atendibles de cuanto se cree habitualmente, la consecuencia es que no parecen particularmente útiles para definir una noción general de prueba jurídica. Sirven para poner de manifiesto algún aspecto limitado de la actividad del juez, pero precisamente las distintas razones de su inaceptabilidad muestran que probablemente no se puede alcanzar ninguna definición válida de la prueba jurídica por la vía de la confrontación entre una visión estereotipada (y, por tanto, ya dudosa y reductiva) de lo que hace el juez y visiones estereotipadas (y, por tanto, a su vez dudosas y reductivas) de lo que hacen otros sujetos que en alguna medida se ocupan de hechos.

La cuestión de la especificidad de la prueba jurídica y, por tanto, de su ubicación respecto de campos específicos del saber y del conocimiento o respecto del sentido común es, en realidad, en ciertos aspectos muy compleja, y en otros aspectos, más simple de cuanto parece a partir de cotejos de ese género.

37. Esto es especialmente evidente en las tesis de metodología historiográfica que provienen de filósofos de la história o de epistemólogos de orientación analítica. V., por ejemplo, el famoso ensayo de Hempel, *The Functions of General Laws in History*, en *Readings in Philosophical Analysis*, ed. por H. Feigl y W. Sellars, New York, 1949, pp. 459 ss. (sobre el que puede verse Rossi, *Introduzione*, en *La teoria*, cit., pp. VIII ss.; Danto, *op. cit.*, pp. 7 ss.; Ricoeur, *op. cit.*, pp. 195 ss.), y Dray, *Laws and Explanation in History*, Oxford, 1957, y *Philosophy of History*, Englewood Cliffs, N.J., 1964, pp. 5 ss., 21 ss. (sobre el que puede verse Ricoeur, *op. cit.*, 209 ss.); Gardiner, *The Nature of Historical Explanation*, Oxford, 1952. Para un examen sintético de esta línea metodológica, y también para referencias bibliográficas adicionales, cf. Ricoeur, *op. cit.*, pp. 194 ss.; Taruffo, *Il giudice e lo storico*, cit., pp. 446 ss.

38. Sobre este aspecto v., en particular, Twining, *op. ult. cit.*, p. 108. Cf. también la teoría de la «intencionalidad histórica» de Ricoeur, *op. cit.*, pp. 290 ss.

39. V., de forma general, *supra*, capítulo II, 2.1 y 2.2.

Las principales razones de la complejidad derivan del hecho de que, dado que no existe una imagen simple y única del juez, no es posible reducir a una unidad rigurosa y simplificada el fenómeno de la prueba jurídica. Sí se pueden proponer definiciones generales de la misma[40], pero está claro que éstas no son exhaustivas y se difuminan a medida que se van haciendo más generales para intentar recoger fenómenos heterogéneos y diversificados.

Además, como sucede con todo fenómeno cultural (y jurídico), hay un factor de complejidad que proviene de la pluralidad de puntos de vista desde los que puede partir el análisis (basta pensar en la distinción entre las perspectivas psicológica y lógica)[41] y otro factor que proviene de la pluralidad y diferenciación de los distintos sistemas procesales[42]. Además, el análisis se torna mucho más complejo a partir del momento en que se pretenden identificar tipologías, aunque sean generales y aproximativas, capaces de ofrecer descripciones de los fenómenos que caen en el campo de la prueba jurídica[43].

Por otra parte, el problema de la especificidad y de la ubicación de la prueba jurídica resulta relativamente simple si —en lugar de observar las pretendidas peculiaridades ontológicas de la prueba o de la actividad del juez en la determinación del hecho— se observa lo que distingue la prueba jurídica de las metodologías cognoscitivas que se usan en otros campos. El elemento de distinción es, precisamente, el carácter jurídico de la prueba, que proviene esencialmente de dos factores: la presencia de una regulación jurídica de la prueba y el hecho de que sirve para usos típicamente jurídicos, en contextos jurídicos como el proceso. La prueba se puede, en realidad, definir como jurídica si concurre al menos una de estas condiciones (aunque habitualmente concurren ambas).

La segunda condición no exige particulares comentarios, al menos en este lugar: el «uso jurídico» de la prueba consiste en su empleo para el conocimiento de hechos dotados de relevancia jurídica, como ya se

40. V., *infra*, capítulo IV, 1 y 2.
41. Pueden verse algunas referencias al carácter descriptivo del análisis psicológico de la valoración de las pruebas y al carácter prescriptivo del respectivo análisis racional en Twining, *Identification and Misidentification in Legal Process: Redefining the Problem*, en Id., *Rethinking Evidence*, cit., pp. 160 s. Sobre este punto v., además, capítulo IV, nota 135 e *ivi* en el texto.
42. Una síntesis sobre las analogías y diferencias, así como indicaciones adicionales, puede verse en Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 420 ss.
43. V., en efecto, *infra*, capítulo VI, 2.

ha visto con anterioridad[44], y el análisis del fenómeno probatorio en el contexto del proceso se realizará más adelante[45].

En cambio, sí merece algún comentario la primera condición, es decir, la regulación jurídica de las pruebas. Que ésta sea el criterio de referencia para identificar la dimensión jurídica de la prueba parece absolutamente obvio; menos obvio es, en cambio, qué debe entenderse por regulación jurídica de la prueba y qué consecuencias se derivan de ello para la forma de concebir la prueba en el proceso.

En un intento de tipificación simplificadora de las orientaciones algunas veces implícitas, y otras explícitas en términos vagos, se pueden distinguir dos concepciones fundamentales.

La primera de las concepciones se presenta prevalentemente, aunque no exclusivamente, en las culturas jurídicas de los sistemas de *civil law* y puede denominarse «cerrada». Las razones de esta denominación son principalmente las siguientes: *a*) se sostiene que todo el fenómeno de la prueba está comprendido en las normas que se ocupan del mismo o, al menos, que sólo vale la pena ocuparse de los aspectos del fenómeno regulados por las normas[46]. Se trata de la aplicación al tema de la prueba de la concepción positivista para la que es «jurídico» aquello que está «regulado por normas» y es irrelevante todo lo que no es jurídico, en ese significado del término[47]. *b*) Se sostiene, en consecuen-

44. V., en general, *supra*, capítulo II, 2.1 y 2.4.
45. V., *infra*, apartados 2 y 4 en este capítulo.
46. V. referencias bibliográficas, *supra*, en la nota 5.
47. Esta concepción es ampliamente dominante en la doctrina italiana, que tiende a ocuparse exclusivamente de la regulación jurídica de las pruebas, olvidando los aspectos metajurídicos del problema o recurriendo a lugares comunes de lógica y psicología vulgarizados para liquidar rápidamente estos aspectos. Por ello se da frecuentemente un uso absolutamente acrítico de nociones genéricas e indeterminadas como «verdad», «probabilidad», «certeza moral», inducción», deducción», etc., que nunca se definen de forma rigurosa. Las excepciones a esta línea no son numerosas, es más, constituyen casos aislados en la historia de la teoría de las pruebas en Italia. Los casos más interesantes se reducen, de hecho, a tres: Matteo Pescatore (v. *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, pp. 187 s.; Id., *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, ²1883, pp. 78 ss., 92 ss.; sobre el pensamiento de Pescatore v., entre lo más reciente, Besso Marcheis, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1127 s.), Francesco Carnelutti (de quien puede verse, en especial, *La prova civile*, Roma, ²1947, pp. 76 ss., 116 —tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 65 ss., 97 s.—) y Piero Calamandrei (de quien puede verse, en especial, *Il giudice e lo storico*, cit.; *La genesi logica della sentenza civile*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, cit., I, pp. 11 ss. —tr. cast., *La génesis lógica de la sentencia civil*, a cargo de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, pp. 369 ss.—; *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, *ivi*, V, 1972, pp. 615 ss. —tr. cast. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, a cargo de S. Sentís Melendo, en *Derecho Procesal Civil*, III, Buenos Aires, 1962—).

cia, que son pruebas aquellas que están previstas y reguladas como tales por normas específicas, excluyendo, *a contrario*, la admisibilidad de las denominadas pruebas atípicas o innominadas[48]. *c*) Se tiende a sostener que la regulación jurídica de la prueba y el proceso constituyen un contexto autosuficiente y autónomo respecto de cualquier otro sector de la experiencia. Por tanto, se tiende a excluir la utilización de nociones, conceptos o modelos de análisis provenientes de otros campos y a construir conceptos (como proceso, verdad, hecho jurídico, prueba, etc.) permaneciendo rigurosamente dentro de aquel contexto y usando exclusivamente los «materiales» que éste ofrece[49]. Esta concepción lleva a privilegiar las características de homogeneidad, monodimensionalidad y coherencia del contexto jurídico-procesal y no es casualidad que versiones particularmente sofisticadas de la misma se encuentren en el ámbito de análisis «narrativistas»[50] o «semiótico-estructurales»[51] del problema de la determinación judicial de los hechos. Esto lleva, por otra parte, a romper cualquier analogía entre nociones del contexto procesal y las correspondientes nociones que se pueden encontrar en otros sectores de la experiencia: de aquí el acento que se pone en la especificidad de la prueba jurídica como fenómeno peculiar y típico, carente de correspondencias y analogías.

La segunda concepción, que se presenta prevalentemente aunque no de forma exclusiva en los ordenamientos de *common law*, se puede denominar «abierta». Su formulación más clara se remonta a Thayer[52],

48. Sobre este problema y sobre las cuestiones de orden general vinculadas con él, v., específicamente, el apartado 3 en este capítulo.

49. Esto sucede, por ejemplo, siempre que se habla de «verdad procesal» sin definirla más que en función de su naturaleza «procesal», sea lo que sea lo que esto signifique y no quedando claro en absoluto qué significa, más allá de la referencia a los límites que las normas procesales plantean a la búsqueda de la verdad y de la distinción respecto de una supuesta y no mejor precisada «verdad real», «material» o «histórica». Una alternativa, sugerida, por ejemplo, por Carnelutti (*op. ult. cit.*, pp. 61 ss. —tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 51 ss.—) y seguida por Verde (*op. cit.*, p. 466) consiste en negar, en cualquier caso, que precisamente a causa de la presencia de normas que regulan las pruebas sea posible hablar de verdad en el proceso (sobre estos problemas v., más ampliamente, capítulo I, apartado 2.3).

50. Cf., por ejemplo, Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 1 ss., 18 ss., 33 ss., 61 ss., 155 ss.; Bennet y Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, 1981, pp. 3 ss., 41 ss., 66 ss.

51. Cf., en particular, Landowski, *Verité et véridiction en droit*, en *Droit et société*, 8, 1988, pp. 54 ss.

52. Cf. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, 1898 (reed. South Hackensack-New York, 1969), pp. 264 ss., 314 ss., 511 ss. Sobre la teoría de Thayer cf., en particular, Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 188 ss.

pero encuentra también un claro antecedente en Bentham[53] y desarrollos posteriores en Wigmore[54]; sin embargo, no es difícil encontrarla —por decirlo así— «en estado difuso» en numerosos autores de *common law*[55] y tampoco es extraño fuera de esa área cultural.

Las razones principales de «apertura» de esta concepción son las siguientes: *a*) la prueba es, ante todo, un fenómeno que pertenece a la esfera de la lógica y de la racionalidad o, al menos, de la razonabilidad (ya sea en la versión «de sentido común» o en la más sofisticada que hace referencia a modelos lógicos y epistemológicos), mientras que sólo algunos aspectos de ese fenómeno están previstos y regulados por normas[56]. Es incluso discutible la utilidad de esas normas, que era negada por Bentham, y en todo caso prevalecen las tendencias a reducir al mínimo indispensable la regulación normativa de las pruebas[57]. *b*) Como consecuencia de ello, no se plantea siquiera el problema de la admisibilidad de las pruebas atípicas, dándose por descontada y obvia la respuesta positiva[58]. *c*) Las normas en materia de pruebas no sirven para definir y delimitar el concepto jurídico de prueba porque cualquier cosa que sirva para establecer un hecho es una prueba. Su única utilidad (al menos en principio) es excluir la admisibilidad de algunos medios de prueba cuando existan razones específicas de exclusión[59]. *d*) Dado que la prueba, también en el sentido jurídico del término, es cualquier cosa que sea útil para la determinación del hecho, el contexto que a ella se refiere es «abierto» en el sentido de que es obvio y lícito emplear nociones, conceptos y modelos de análisis provenientes de otros sectores de experiencia, ya sean de carácter científico o extraídos del sentido común o de la racionalidad general. La definición de la prueba y de los conceptos correlacionados se sitúa, pues, más bien en

53. Sobre el pensamiento de Bentham al respecto cf. Twining, *op. ult. cit.*, p. 195; Id., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London, 1985, pp. 66 ss.

54. Cf., también para referencias bibliográficas, Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 191 ss., 195; Id., *Theories of Evidence*, cit., pp. 114 ss., 151 ss.

55. Cf. Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 178 ss., 192 ss., 199 ss.

56. Opera, en efecto, en este sentido, el principio de la *freedom of proof*, además del «principio de inclusión», según el cual todo lo que tiene utilidad probatoria debe ser admitido como prueba. Sobre estos principios cf. Thayer, *op. cit.*, pp. 264 ss., 530; Twining, *op. ult. cit.*, pp. 188 ss., 194 s.; Id., *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 66.

57. Cf., en especial, Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 203 ss., 209 ss.; Id., *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 66.

58. Al respecto, v., más específicamente, *infra*, apartado 3.1.

59. Sobre este planteamiento, común en lo sustancial a toda la doctrina de *common law*, v., en particular, Thayer, *op. cit.*, pp. 264 ss.; Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 190, 192 ss. V. también algunos comentarios en Taruffo, *Modelli di prova*, cit., pp. 424 ss.

una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica.

Si se toman en cuenta estas dos concepciones más allá de sus respectivos orígenes históricos y culturales, parece evidente que la segunda tiene muchas más razones para ser compartida desde un punto de vista general.

Por un lado, en efecto, como se observará mejor cuando se discuta el problema de las pruebas atípicas, no hay razón válida alguna para sostener que la regulación jurídica de las pruebas es «completa» y omnicomprensiva, de forma tal que se justifique la conclusión de que sólo puede usarse a los efectos probatorios aquello que una norma califique expresa y específicamente como prueba. Esto es particularmente evidente en los sistemas de *common law*, donde el *law of evidence* tiene, respecto del fenómeno de la prueba comprensivamente considerado, un papel reducido y, en resumidas cuentas, marginal, que se va reduciendo progresivamente a medida que se atenúa el sistema de las *esclusionary rules*[60]. Sin embargo, la misma afirmación es válida, aunque en menor medida, para los sistemas de *civil law*: basta observar que fenómenos como los de las «pruebas científicas» o «tecnológicas» escapan a cualquier tipificación normativa y que —aparte de las discusiones sobre su admisibilidad— el uso tan difundido que en la práctica se hace de las pruebas atípicas muestra como está destinado al fracaso cualquier intento de «cerrar» el catálogo normativo de las pruebas[61]. Además, ningún ordenamiento establece la omnicomprensividad de la regulación jurídica de los medios de prueba y no es casualidad que en muchos ordenamientos, también de *civil law*, está admitida la posibilidad de usar pruebas no expresamente previstas por la ley y resulta evidente la naturaleza «incompleta», si no residual, de las normas en materia de prueba.

Por otro lado, parece claro que, en general, la regulación normativa de la prueba tiene esencialmente una función limitada y exclusiva más que una función positiva e inclusiva. Fundamentalmente, esta función se explica más bien en el sentido de limitar el ámbito de las pruebas que pueden ser empleadas en el proceso respecto de las que se emplean en la experiencia cotidiana o en otros campos de investigación sobre hechos, excluyendo expresamente ciertos tipos de prueba o privilegiando algunos respecto de otros o también privilegiando determinados modos de formación de la prueba. No corresponde aquí

60. Sobre esta tendencia, particularmente acentuada en el *law of evidence civil*, v., entre lo más reciente, Twining, *op. ult. cit.*, p. 210.

61. Sobre este problema v., *infra*, apartados 2.1 y 3.1.

examinar detalladamente estos problemas: en cualquier caso, queda fundamentada en línea general la constatación de que la regulación jurídica de la prueba pretende restringir (con diversas técnicas normativas) el ámbito de la «prueba jurídica» respecto de la forma en que quedaría definido por el sentido común o de otros ámbitos.

Este aspecto ha sido desde siempre evidente, especialmente en los sistemas de *common law*, donde el *law of evidence* está formado principalmente por reglas de exclusión (y por sus respectivas excepciones) que superponen criterios más restrictivos de admisibilidad jurídica al muy amplio criterio fundado sobre la relevancia lógica del medio de prueba.

No obstante, ese mismo aspecto también puede encontrarse fácilmente en los sistemas de *civil law*, aunque en ellos la regulación jurídica de la prueba es (al menos en algunos casos) mucho más extensa y compleja. En buena parte, las normas continentales sobre las pruebas son reglas de exclusión[62], de forma que vale para ellas la misma consideración que vale para las *esclusionary rules* angloamericanas: cambia, en efecto, el contenido de las reglas de exclusión, es decir, los tipos de prueba que se declaran inadmisibles, pero se trata de la misma técnica normativa, consistente en precluir la admisión de un medio de prueba que también sería lógicamente relevante. Tienen también una eficacia limitada, respecto de los criterios que se siguen en el sentido común o en otros sectores específicos de experiencia, las reglas de prueba legal en sentido estricto[63] que aún caracterizan (en distintas medidas) los sistemas de *civil law*. La regla de prueba legal opera, en efecto, en el sentido de excluir o limitar la valoración discrecional del sujeto que usa la prueba para determinar el hecho y esta reducción es típicamente «jurídica»; además, las reglas de prueba legal excluyen directa o indirectamente el uso de otros medios de prueba no dotados de eficacia legal privilegiada, aunque sólo sea porque resultan inútiles cuando un hecho está «cubierto» por una prueba legal. Finalmente, también el siguiente tipo de normas sobre la prueba, que se refieren a la formación y al control de los medios de prueba, tiene una función restrictiva: mediante el privilegio de determinados procedimientos de formación y de control del medio de prueba, estas normas excluyen la posibilidad de usar otros procedi-

62. Son normalmente reglas de exclusión, en efecto, las normas en materia de admisibilidad de los medios de prueba: v., *infra*, apartado 2.1 en este capítulo.

63. Sobre la prueba legal v., *infra*, apartado 2.3 en este capítulo.

mientos que también serían hipotéticamente posibles y que se usan en otros sectores de experiencia[64].

Si es verdad de forma general que la regulación jurídica de la prueba lleva a cabo una función esencialmente restrictiva respecto de lo que sucede en otros campos de investigación y en la experiencia cotidiana, entonces resultan confirmados dos puntos relevantes.

El primero es que el fenómeno de la prueba no está completamente contenido en, y definido por, las normas jurídicas que se ocupan de las pruebas. Estas normas son normas muy distintas por extensión y contenido específico en los diversos ordenamientos positivos, pero ello no significa en absoluto que se den también diferencias ontológicas o funcionales. Lo que varía de sistema en sistema es la amplitud y el contenido de los «límites legales» del fenómeno probatorio, pero todo ello no impide que éste se sitúe *antes* y *fuera* de la reglamentación específica producida por normas jurídicas. En el fondo, y ésta es la hipótesis extrema pero significativa formulada y defendida por Bentham, existirían las pruebas y se podrían determinar los hechos en juicio aunque no existieran normas sobre las pruebas: en ese caso, en efecto, funcionarían de pleno y sin límites los cánones del sentido común y de la racionalidad y éstos asegurarían con toda probabilidad una determinación aceptable de los hechos.

El segundo y consiguiente punto que resulta confirmado es que la prueba jurídica no es *a priori* nada ontológicamente o estructuralmente distinto de lo que se considera o se emplea como instrumento de conocimiento de los hechos en la experiencia común o en otros campos específicos. No es en diferencias de este tipo, por tanto, donde debe buscarse la especificidad de la prueba jurídica, siendo obvio, no obstante, que no por ello se desvanece toda diferencia entre ésta y las otras «pruebas». La especificidad de la prueba jurídica debe buscarse, más bien, en el hecho de que existen normas en función de las cuales elementos de conocimiento que serían pruebas en otros contextos no lo son en el contexto del proceso. En otros términos: la prueba jurídica es específica en la medida en que algunas pruebas son objeto de reglamentación normativa en algún sentido restrictiva; no hay, en cambio, especificidad alguna respecto de los elementos de prueba no regulados o de los aspectos de los medios de prueba concretos que no estén específicamente regulados. Así, por ejemplo, si un elemento de prueba no está regulado por la ley (por ejemplo porque es un producto reciente

64. El problema de la exclusividad de los procedimientos de formación de las pruebas, cuando éstos están regulados por la ley, es un aspecto del problema de la tipicidad de la prueba: al respecto v., *infra*, apartados 2.2 y 3.1.

de la tecnología), esto no significa que no sea admisible, sino únicamente que se trata de una prueba «no específica»[65]. En el mismo sentido, si la ley no regula de forma íntegra algún aspecto de una prueba típica (por ejemplo no regulando su eficacia), esto no significa obviamente que ese aspecto no exista o no sea importante, sino únicamente que para él valen los criterios del sentido común o de la racionalidad general (como sucede en la libre valoración de las pruebas) y no criterios «jurídicos».

La prueba jurídica puede considerarse específica sólo en un sentido reducido, relativo y variable del término. Reducido porque la regulación jurídica de la prueba cubre siempre únicamente una parte del fenómeno probatorio; relativo porque no tiene nada que ver con cosas como la «naturaleza» o la «estructura» de la prueba en sí misma considerada, sino que depende únicamente de la presencia (teóricamente no necesaria) de normas sobre las pruebas; variable, finalmente, porque en los distintos ordenamientos el grado de especificidad de la prueba jurídica varía en función de la extensión, del contenido y de la importancia de las normas que regulan jurídicamente el problema de la prueba, diferenciándolo y «reduciéndolo» en el contexto del proceso. Se puede, así, tener un alto grado de especificidad en los sistemas que incluyen una extensa regulación jurídica de los medios de prueba y que, en consecuencia, reducen el área del fenómeno probatorio dejada exclusivamente a los criterios de racionalidad científica o de sentido común, mientras que se tiene un bajo grado de especificidad en los sistemas que confían prevalentemente a los criterios de racionalidad la dinámica procesal de la prueba y que, en consecuencia, emplean una regulación normativa reducida y tendencialmente marginal del fenómeno probatorio.

1.4. *Función persuasiva y función cognoscitiva de la prueba*.–El problema de la especificidad de la prueba jurídica se ha planteado también desde otro punto de vista: afirmando que su función típica es la de persuadir y no la de demostrar[66]. Está también difundida la opinión de que la prueba no tiene una función en sentido lato «cognoscitiva» sino «argumentativa»: esto es, no se situaría en la dimensión «lógica» del fundamento racional de las hipótesis sobre el hecho, sino en la muy distinta dimensión «retórica» de la argumentación dirigida a convencer

65. Sobre los documentos informáticos como pruebas atípicas v., por ejemplo, De Santis, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988, pp. 103 ss.

66. V., en particular, Perelman, *La specificité*, cit., pp. 8 ss.

a alguien (en el supuesto de hecho, al juez) para que considere el hecho como existente. En resumen, la prueba no sería un instrumento para conocer racionalmente algo, sino un argumento persuasivo dirigido a hacer creer algo acerca de los hechos relevantes para la decisión. En la doctrina italiana esta tesis ha tenido una cierta relevancia especialmente por obra de Alessandro Giuliani, que en numerosos trabajos recientes y no tan recientes ha elaborado una teoría de la prueba como argumento retórico, contraponiéndola a la teoría de la prueba como instrumento específico de conocimiento, y ha identificado su fundamento especialmente en clave histórica y comparada[67]. Esta tesis está, por otra parte, presente en distintos «lugares» de la cultura jurídica[68] y representa, pues, un problema que concierne de forma general a la definición del concepto de prueba: de aquí la necesidad de examinarla específicamente, aunque sea en líneas generales.

La idea de que la prueba sirve para persuadir al juez de que los hechos de la causa se han producido de una cierta forma es un lugar común que parece tener algún fundamento: el hecho de que la asunción de las pruebas se realice oralmente en audiencia, eventualmente con un método dialéctico como el del interrogatorio cruzado, y que los abogados funden sus argumentaciones también sobre las pruebas puede hacer pensar en una dimensión o en una valencia «persuasiva» del fenómeno probatorio[69]. Por otra parte, resulta innegable que factores persuasivos o retóricos existen en la asunción de las pruebas, en juicio[70]. Sin embargo, el problema no es establecer si esos factores existen sino decidir si son tan importantes como para justificar una teoría «retórica» de la prueba que pueda ser asumida como dominante o incluso como teoría exclusiva y única de la prueba. Es en este plano, y no en el de la constatación de la presencia de elementos retóricos en la

67. Entre los trabajos más recientes al respecto cf. *Prova in generale. a) Filosofia del diritto*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 518 ss. La elaboración más amplia de la teoría examinada se encuentra, sin embargo, en trabajos menos recientes de Giuliani: cf. en especial *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1959; *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, en *The Jurid. Rev.*, 1962, pp. 216 ss.; *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, en *La preuve*, cit., XVI, pp. 357 ss.

68. Cf., por ejemplo, Lévy-Bruhl, *op. cit.*, pp. 21 ss., 29 ss.; Eberle, *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris, 1989, p. 31; Foriers, *Introduction au droit de la preuve*, en *La preuve en droit*, cit., pp. 18 ss.; Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, pp. 555 ss.

69. Cf., al respecto, Taruffo, *Modelli di prova*, cit., pp. 422 ss. Para un análisis amplio de las estrategias retóricas de los abogados en el proceso norteamericano cf. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 116 ss.

70. Cf., en particular, Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 132 ss.

asunción de las pruebas, donde la teoría de la prueba como argumento persusivo encuentra dificultades insuperables.

Algunas de estas dificultades se refieren a la confirmación histórica de la teoría en cuestión, que encuentra límites relevantes. Por un lado, en efecto, no hay duda de que en Grecia y en Roma existía una concepción «retórica» de la prueba como argumentación dirigida a persuadir al juez[71]: es más, ésta era obvia y comprensible en la medida en que la retórica era típicamente el arte del abogado y las defensas forenses eran normalmente llevadas a cabo por retóricos[72]. No es casualidad que la prueba se sitúe en el análisis del discurso retórico, además de en el análisis del discurso judicial, y no se distinga claramente de otros argumentos de los que se sirve el abogado-retórico pero que no son pruebas en sentido estricto[73].

Por otro lado, parece claro que todo esto no es suficiente para fundar una teoría retórica de la prueba. El fenómeno parece, en efecto, tener una duración limitada, si es verdad que ya en la edad del Principado la profesionalización de los jueces y de los abogados hace evolucionar el sistema romano hacia una concepción cada vez más jurídica y siempre menos retórica de la prueba[74]. Está claro, por otra parte, que los retóricos griegos y romanos tenían una idea de la prueba radicalmente distinta de la moderna y estrictamente vinculada a su función de defensores-persuasores: ellos, en efecto, consideraban prueba todo argumento apto para influenciar al juez, no aquello que sirviera específicamente para determinar los hechos[75]. Cuando surge una noción más «técnica» de la prueba, ya en derecho romano, la equiparación prueba-argumento retórico entra en una crisis irreversible[76], aunque algún vestigio de la concepción retórica se encontrará aún en época medieval[77]. En esa época, por otra parte, el modelo retórico de la prueba pierde

71. Cf., ampliamente, Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 15 ss., 45 ss.; Id., *Il concetto classico*, cit., pp. 361 ss., 384 ss.; Id., *Prova in generale*, cit., pp. 525 ss.

72. Cf. Pugliese, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, en *La preuve*, cit., XVI, pp. 284 ss., 287 ss.; Lévy, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, en *La preuve en droit*, cit., pp. 28 ss.; Cordero, *op. cit.*, *loc. cit.*

73. Cf. Pugliese, *op. cit.*, p. 292; Lévy, *op. cit.*, pp. 30 ss.

74. V., en particular, Pugliese, *op. cit.*, pp. 293 ss.

75. Cf., en particular, Lévy, *op. cit.*, p. 30, donde se subraya que la prueba es tratada como *argumentum* precisamente en la medida en que es usada como instrumento retórico y que esto sucede en función del papel que el retórico cumple en el proceso. Ese papel no está orientado hacia la determinación de los hechos, sino hacia la exaltación del arte de la oratoria a efectos que pueden, incluso, trascender la historia en juicio.

76. Cf. Pugliese, *op. cit.*, pp. 298 ss.

77. Para la revaloración de estos aspectos v. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 93 ss., y *Prova in generale*, cit., pp. 529 ss.

toda importancia porque otros instrumentos y modelos conceptuales, distintos de la retórica, prevalecen ya en la cultura jurídica europea[78].

A propósito de la confirmación comparada de la concepción retórica de la prueba surgen dificultades no desdeñables. La tesis de Giuliani al respecto es que esta concepción, que no alcanza a influenciar la formación moderna de los sistemas de *civil law*, habría influenciado, en cambio, la formación de los ordenamientos de *common law*, de forma que, al menos, en estos últimos tendría importancia la teoría persuasiva de la prueba[79]. Esta tesis resulta, sin embargo, muy dudosa tanto desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista de la situación actual.

Desde el punto de vista histórico no parece suficiente para justificar la existencia de una concepción retórica de la prueba la constatación de la influencia del esquema retórico de la controversia sobre algún aspecto de la evolución del proceso inglés[80]. Esa influencia seguramente se ha producido, pero se ha dirigido presumiblemente hacia la creación del proceso *adversary* de estructura contradictoria[81] más que hacia una específica concepción retórica de la prueba. De esa concepción no se encuentran vestigios, por otra parte, en la historia más reciente de las teorías angloamericanas de la prueba[82].

Desde el punto de vista del *law of evidence* actual hay numerosas razones para excluir que la concepción angloamericana de la prueba esté inspirada en la visión retórico-argumentativa. Es verdad que pueden encontrarse elementos de carácter retórico en la estructura dialéctica del *trial* en el hecho de que corresponda a las defensas de las partes asumir las pruebas orales con el método del interrogatorio cruzado y —quizás— en la presencia del jurado y en el hecho de que las defensas de las partes tiendan a persuadir a los jurados de las respectivas versiones de los hechos[83]. Sin embargo, no es verdad que el proceso de *common law* esté dominado por una concepción retórico-argumentativa de la *evidence*: al contrario, la orientación racionalista parece siempre dominante en materia de pruebas[84], del mismo modo que el *law of evidence* está claramente inspirado en la idea de que la función de la prueba es esencialmente la de servir para el conocimiento de los hechos[85]. En este sentido operan, en efecto, distintos elementos estructurales del *law of evidence*, como la preminencia del criterio de relevancia lógica de los medios de prueba[86], el uso de la *cross-examination* como instrumento dialéctico de control sobre la aceptabilidad de las pruebas orales[87] y la

78. Sobre este paso es significativo el análisis del propio Giuliani, *op. ult. cit.*, pp. 537 ss. Para las distintas clasificaciones de la prueba que dominan la cultura medieval y el derecho común, todas construidas sobre bases ya no retóricas, v., ampliamente, Lévy, *op. cit.*, pp. 34 ss.; Id., *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge, depuis la Renaissance du Droit romain jusqu'à la fin du* XIVe *s.*, en *Ann. Univ. de Lyon*, 1939; Id., *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge*, en *La preuve*, cit., XVII, pp. 137 ss.

79. Cf. Giuliani, *Influence of Rhetoric*, cit.; Id., *Prova in generale*, cit., pp. 547 ss., 575 ss.

80. Cf., en particular, Giuliani, *Influence of Rhetoric*, cit., pp. 225 ss. Sobre el modelo retórico de la controversia v. Id., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966.

81. Sobre la formación histórica del proceso *adversary*, fuertemente condicionada por la presencia de los abogados a partir del siglo XVIII, v., en especial, Langbein, *The Criminal Trial Before the Lawyers*, en *Un. Chi. L. Rev.* 45, 1978, pp. 263 ss.; Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, en *Corn. L. Rev.* 75, 1991, pp. 497 ss. Debe subrayarse, sin embargo, que estos estudios sitúan en el siglo XVIII el surgimiento del modelo «contencioso» en el proceso inglés, excluyendo, en consecuencia, que tenga orígenes más lejanos en el tiempo.

82. V., al respecto, Twining, *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, en Id., *Rethinking Evidence*, cit., pp. 32 ss.; Id., *Theories of Evidence*, cit., pp. 1 ss.

83. Sobre el papel de las defensas de las partes y sobre los aspectos «rituales» y «teatrales» del *trial* cf., también para referencias bibliográficas adicionales, Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 94 ss., 293 ss.; Ball, *The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater*, en *Stanf. L. Rev.* 28, 1975, pp. 81 ss. Un análisis interesante de las estrategias persuasivas de los defensores de las partes en la reconstrucción de los hechos puede encontrarse en Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 132 ss., 150 ss.

84. Cf. Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 196 ss.; Id., *The Rationalist Tradition*, cit., pp. 32 ss.; Id., *Theories of Evidence*, cit., pp. 1 ss., 167 ss.; Taruffo, *Modelli di prova*, cit., pp. 429 ss., y la literatura *ivi* citada. En sentido contrario y, en todo caso, para una crítica radical a la *Rationalist Tradition*, cf. Graham, *«There'll Always Be An England»: The Instrumental Ideology of Evidence*, en *Mich. L. Rev.* 85, 1987, pp. 1204 ss.; cf. también la réplica de Twining, *Hot Air in the Redwoods, A Sequel to the Wind in the Willows*, *ivi*, 86, 1988, pp. 1523 ss., y especialmente pp. 1535 ss. sobre los límites de la *Rationalist Tradition.*

85. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 429, 431; Twining, *Evidence and Legal Theory*, cit., pp. 66, 69.

86. Cf., por ejemplo, la *Rule* 401 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, sobre las que se puede ver, en particular, Wright y Graham, *Federal Practice and Procedure. Evidence*, vol. 22, St. Paul, Minn., 1978, pp. 9 ss.; Saltzburg y Redden, *Federal Rules of Evidence Manual*, Charlottesville, Virg., [2]1977, pp. 101 ss.; Weinstein's *Evidence*, New York, 1982, vol. 1, pp. 401-406 ss.

87. Ésta es la clásica tesis de Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston, [3]1940, p. 29. Se puede sostener que esta función está todavía en la base de la institución, a pesar de numerosas degeneraciones que ésta sufre en la práctica, especialmente en los Estados Unidos. Sobre este tema v. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 426 ss.; Id., *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 30 ss. Sobre la práctica frustrante de la *cross-examination* y sobre su función retórico-persuasiva, cf. entre lo más reciente Amodio, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, en Stone, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, tr. it., Milano, 1990, pp. XV y XXIII.

presencia de reglas de exclusión dirigidas a evitar errores en la valoración de las pruebas[88]. También la falta de reglas de prueba legal supone la remisión a criterios racionales de valoración de las pruebas y no significa en absoluto que haya un espacio libre para la persuasión subjetiva de quien debe juzgar sobre los hechos[89]. Así pues, parece infundada la opinión según la cual el sistema probatorio de *common law* estaría basado en una concepción retórico-argumentativa de la prueba.

Si la teoría argumentativa de la prueba no parece encontrar confirmaciones adecuadas en el plano histórico y comparado, también encuentra dificultades relevantes en el plano teórico general.

Por un lado, en efecto, puede observarse que en el mejor de los casos aquella teoría da cuenta y describe un aspecto de la forma en que los abogados emplean la prueba en el proceso[90], pero nada dice acerca del modo en que el juez utiliza la prueba como base para la determinación de los hechos. Incluso admitiendo que la prueba se usa como instrumento de persuasión ante el juez, esto no explica si, cómo, cuándo y bajo qué condiciones aquélla alcanza su objetivo, es decir, convence verdaderamente al juez para que elija una versión de los hechos y no otra[91]. Así pues, se trata de una concepción de la prueba muy incompleta e incluso fundamentalmente inconsistente, ya que no permite establecer cuándo la prueba explica la función persuasiva que típicamente le es atribuida. Pero si no se alcanza a distinguir entre una prueba persuasiva y una que no lo es, se está ante una teoría sin utilidad alguna porque no distingue entre lo que constituye una prueba y lo que no tiene eficacia probatoria alguna. El punto de vista del abogado no es suficiente para construir una teoría de la prueba, aunque sólo sea porque el juez es el que determina los hechos sobre la base de las pruebas: esto es, sería necesaria una teoría de la persuasión del juez, pero no parece que ésta exista.

Por otro lado, la concepción retórico-argumentativa de la prueba confunde la descripción de un hecho parcial y contingente con la teoría de la determinación racional de los hechos en juicio, cayendo, en consecuencia, en una generalización doblemente indebida. En efecto, esta concepción parte de la constatación de que en ocasiones hay algunos elementos retóricos en la asunción y el uso judicial de la prueba, para decir que todo el fenómeno probatorio es retórico y que toda prueba tiene siempre naturaleza únicamente retórica. Sin embargo, este paso está claramente injustificado. Además, esa concepción no toma en cuenta que la persuasión (como la no-persuasión) es un hecho empírico sobre la situación subjetiva de alguien (en lo que aquí importa del juez), mientras que la teoría de la prueba es prescriptiva en la medida en que se refiere a los criterios de aceptabilidad y validez del razonamiento con el que el juez determina los hechos sobre la base de las pruebas[92]. Una prueba falsa puede ser persuasiva, como también puede serlo una argumentación radicalmente viciada desde el punto de vista lógico, o absolutamente irracional; a la inversa, una prueba puede ser aceptable aunque sea retóricamente insignificante, del mismo modo que una demostración matemática es válida o errónea independientemente de cualquier convicción subjetiva.

En resumen, en la concepción retórica de la prueba se reproduce, acentuado, el vicio de la concepción retórica de la racionalidad consistente en la incapacidad de distinguir entre argumentaciones eficaces y argumentaciones válidas: del mismo modo, no se distingue entre pruebas persuasivas y pruebas capaces de dar un fundamento racional al juicio de hecho[93].

88. Cf. Taruffo, *Modelli di prova*, cit., p. 424. En distinto sentido, no parecen convincentes los argumentos de Giuliani, *Prova in generale*, cit., pp. 547 ss., que prescinden completamente del análisis del contenido y la estructura de las reglas del *law of evidence*. De este modo, su naturaleza retórica es más bien presupuesta que demostrada.

89. Al respecto, más ampliamente, cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 429 ss.

90. No es casualidad que, cuando se desarrolla más a fondo el análisis de los aspectos retóricos del proceso en general, y en particular respecto de la adquisición y del uso defensivo de las pruebas, se hable exclusivamente de lo que hacen los abogados. No se habla, en cambio, de lo que hacen el juez o el jurado cuando valoran las pruebas para formular la decisión sobre el hecho. Un ejemplo iluminador de este dato se encuentra en uno de los trabajos más apreciables realizados en clave «retórica»: cf. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 117 ss., 150 ss. La estrecha vinculación entre el uso de la retórica y el papel del abogado está, por otra parte, siempre presente en los discursos generales sobre la función retórica. Cf., por ejemplo, la voz *Retórica* en Quine, *Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*, cit., pp. 118-119, donde se subraya que la retórica es el terreno común de publicistas, abogados, políticos y grupos de discusión. Sobre la retórica del abogado v., entre lo más reciente, Wetlaufer, *Rhetoric and its Denial in Legal Discourse*, en *Virg. L. Rev.* 76, 1990, pp. 1557 ss.

91. Bennet y Feldman, *op. cit.*, pp. 118 ss., 125 ss., 132 ss., estudian analíticamente las tácticas de los abogados, elaborando también valoraciones sobre su eficacia persuasiva. Se trata, sin embargo, de valoraciones formuladas *ex ante*, puramente hipotéticas y a menudo no justificadas: carece, en efecto, de una confirmación en el análisis del comportamiento del jurado (*ivi*, pp. 157 ss.) y olvida absolutamente el papel del juez.

92. V. la distinción entre dimensión retórico-prescriptiva y dimensión psicológico-descriptiva del análisis en materia de pruebas en la nota 41, en el capítulo IV, nota 135 e *ivi* en el texto. Sobre la distinción entre la dimensión descriptiva típica de la concepción retórica y la dimensión prescriptiva típica de la concepción racional de la prueba cf. también Cohen, *Freedom of Proof*, en *Facts in Law*, ed. por W. Twining, ARSP, Beih. 16, Weisbaden, 1983, p. 12.

93. Sobre este vicio, es decir, sobre el hecho de que la retórica puede persuadir incluso del error, ya que se dirige al fin práctico de la persuasión pero no al de la funda-

La idea, debida fundamentalmente a Perelman[94], de que la racionalidad de la prueba debe encontrarse en la razonabilidad de la argumentación retórica está fundamentada en una concepción inaceptable de la racionalidad. La argumentación perelmaniana parte, en efecto, de una idea restrictiva de la racionalidad, que se hace coincidir con la demostración cartesiana para después proceder a la obvia constatación de que la prueba jurídica no tiene las características de esa demostración y sostener que, por tanto, esa prueba no puede tener más que la naturaleza de un argumento persuasivo[95]. La premisa del discurso no es, sin embargo, aceptable, dado que no es verdad que la racionalidad tenga siempre y únicamente las formas de la demostración matemática o, en todo caso, deductiva: sí lo es, en cambio, que existe una racionalidad menos rígida y estricta que, a pesar de ello, sigue los cánones de coherencia y validez lógica y que, por tanto, configura modos de razonamiento controlables y no reducibles a la mera argumentación persuasiva[96]. Son un ejemplo de ello las formas de racionalidad argumentativa que se analizan en el ámbito del razonamiento jurídico[97] y en particular los esquemas de la confirmación lógica elaborados en el campo de la *evidence and inference*[98]. Estando establecido que la prueba no tiene la estructura de una demostración deductiva, no se deriva de ello que no pueda ser más que una argumentación persuasiva y se puede demostrar, en cambio, que encaja coherentemente en otros esquemas racionales.

Así pues, resulta evidente que en la concepción persuasiva de la prueba no hay nada necesario, ni siquiera en el plano de las ideas referidas a la racionalidad. Esa concepción da cuenta, en realidad, de un dato empírico contingente que en algunas ocasiones se produce en el uso judicial de las pruebas, pero resulta insostenible cuando absolutiza ese dato hasta hacer del mismo el *proprium* definitorio general y exclusico de la prueba jurídica[99].

2. *La regulación jurídica de la prueba*.–Como ya se ha mencionado anteriormente respecto de otro tema[100], la prueba jurídica se define en función de la regulación legal del fenómeno probatorio, pero esta regulación «legal» cubre sólo un área limitada —es variable en los distintos ordenamientos— de ese fenómeno.

Esta situación se explica con especial claridad en la doctrina del *common law*, a través de la distinción y la confrontación del principio de *free proof* y las reglas que integran el *law of evidence*.

Por *free proof* se entiende que, salvo en el caso de que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos[101]: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante[102], y al juez, que tiene que

mentación de aquello de lo que persuade, apuntan las críticas de orden general que desde siempre se han dirigido a la retórica: cf., por ejemplo, Quine, *op. cit.*, *loc. cit.* y Todorov, *Teorías del símbolo*, tr. cast. a cargo de F. Rivera, Caracas, 1991, pp. 73 ss., 97 ss., quien afirma incluso que «el espíritu que anima a la retórica es pragmático y por consiguiente inmoral» (p. 74), refiriéndose precisamente al hecho de que ésta es indiferente a la calidad del objeto de la persuasión. En sentido análogo, Wetlaufer, *op. cit.*, p. 1559. El planteamiento habitual contrario a la retórica es recurrente en los filósofos de distintas épocas. V., por ejemplo, la neta distinción entre dialéctica y lógica, basada en el hecho de que la primera no tiene nada que ver con la verdad, trazada por Schopenhauer, *El arte de tener razón*, tr. cast. a cargo de D. Garzón, Madrid, 1996, pp. 26 s.

94. Cf., en especial, Id., *La specificité*, cit.; en el mismo sentido v., entre lo más reciente, Giuliani, *Prova in generale*, cit., pp. 577 ss.

95. Cf. Perelman, *op. cit.*, pp. 5 ss.; en sentido análogo, Giuliani, *op.* y *loc. ult. cit.*

96. Twining habla eficazmente de *soft rationality* (en *Some Scepticism*, cit., p. 122) en el ámbito de una convincente argumentación contra la forma de escepticismo consistente en adoptar una idea restrictiva y excesivamente rigurosa de la racionalidad para después concluir que no es realizable en el proceso y justificar, así, una concepción irracionalista del proceso y de la prueba (v. *ivi*, pp. 117 ss.).

97. Dentro de la amplísima bibliografía ya disponible sobre el tema, basta hacer mención de las obras recientes más significativas, que están en la base de la línea adoptada en el texto: cf., pues, Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht, 1989; Id., *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983; Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987 (tr. cast., *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, a cargo de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Madrid, 1991); Alexy, *Theorie des juristiche Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., 1978 (tr. cast., *Teoría de la argumentación jurídica*, a cargo de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989); Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, [2]1983; MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

98. V. el análisis de estos esquemas en el capítulo IV.

99. Para una orientación análoga v., entre lo más reciente, Verde, *Prova in generale. b) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 586 ss.

100. V., *supra*, apartado 1.3.

101. Cf., en particular, Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 194 ss.; Id., *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 66. Cf. también Cohen, *op. cit.*, p. 1.

102. Cf. Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., p. 195. En sentido análogo v. también Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, en *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 258. Está claro que la libertad de la prueba para las partes se viene a configurar, en el plano de las garantías, como *derecho a la prueba*, es decir, precisamente como derecho a utilizar cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos: sobre este problema v., más ampliamente, Taruffo, *ibid.*, p. 259, e Id., *Il diritto alla prova nel processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 74 ss.

poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio[103]. Se reconoce, por otra parte, que el principio de *free proof* no puede encontrar aplicación absoluta en los ordenamientos jurídicos concretos y opera, por tanto, únicamente de forma tendencial, dado que debe ser ponderado con otros principios y valores cuya ejecución se produce a través de las normas que integran la reglamentación jurídica de la prueba[104]. Está claro, sin embargo, que el *law of evidence* no contradice y no excluye radicalmente el principio de *free proof*, sino que únicamente lo limita y, en alguna medida, superpone criterios jurídicos a los criterios de la racionalidad y del sentido común. De ahí la tendencia a definir el papel y la función del *law of evidence* mediante metáforas que ponen en evidencia su parcialidad y marginalidad y, especialmente, su complementariedad respecto del vastísimo territorio dominado únicamente por los cánones generales del razonamiento racional[105].

Este planteamiento surge en la cultura jurídica angloamericana y está favorecido por el carácter preminente del *law of evidence* en la medida en que éste está integrado principalmente por reglas que pretenden excluir del proceso pruebas que, de otro modo (esto es, si valiese únicamente el sentido común) serían admisibles[106]. No obstante, ese planteamiento no se limita sólo a los sistemas de *common law* y parece, más bien, generalizable como premisa para el análisis de todo sistema moderno de derecho de las pruebas. En efecto, por un lado, debe tomarse en consideración que una parte muy relevante del derecho de las pruebas en cualquier sistema está constituido por reglas de exclusión de pruebas que, en cambio, serían admisibles en el sentido común y además que, como ya se mencionó anteriormente, también las normas probatorias de otra naturaleza tienen una función limitativa[107]. Por otro lado, como se verá mejor más adelante, tampoco en los

103. Cf., en especial referencia a Bentham, Twining, *op.* y *loc. ult. cit.* En sentido análogo v. también Taruffo, *Note per una riforma*, cit., pp. 265 ss.
104. Cf., especialmente, Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 2 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 261 ss.
105. Éste es el caso de las metáforas del queso de Gruyère o del gato de Cheshire, ambas usadas por Twining, *op. ult. cit.*, pp. 196 ss. La primera sirve para poner en evidencia la relación entre el ámbito no regulado (los agujeros) y las reglas de prueba (el queso); la segunda sirve para especificar que no siempre esas reglas encuentran aplicación concreta o son aplicadas con el mismo grado de intensidad.
106. Sobre este punto v. algunos comentarios, *supra*, apartado 1.3 y más ampliamente, *infra*, apartado 2.1.
107. V. también, *supra*, apartado 1.3.

sistemas de *civil law* parece posible excluir en principio, ni sobre la base de normas positivas, el uso de medios de prueba que no estén expresamente previstos por la ley[108].

Todo esto equivale a decir que en general existe un principio de *libertad de la prueba* en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general[109]. En el territorio indeterminado que de esta forma queda identificado existen algunas «zonas» en las que operan, en cambio, reglas jurídicas que de distintas formas (principalmente introduciendo limitaciones) se superponen y sustituyen a aquellos criterios, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera que deben prevalecer sobre el principio de libertad de la prueba. Se puede, entonces, pensar en una «piel de leopardo» en la que las manchas equivalen a las áreas de regulación jurídica del fenómeno probatorio, mientras que el fondo equivale a la parte no regulada jurídicamente y, por tanto, sometida únicamente a los criterios de la racionalidad.

Naturalmente, esta metáfora sólo es válida en términos generalísimos y no excluye en absoluto que sean muchas, y no una, las «pieles de leopardo» que deban imaginarse para configurar las distintas situaciones concretas en las que se articula la relación entre libertad y regulación jurídica de la prueba. Los dos términos de la relación, en efecto, presentan aspectos relevantes de variación y complejidad.

Por un lado, es necesario tener en cuenta que el principio de libertad de la prueba no es unívoco y afecta a aspectos diversos del fenómeno probatorio.

Dado que, como ya se ha visto, por libertad de la prueba se entiende en línea general la falta de regulación legal de la prueba, aquélla resulta especialmente relevante desde cuatro puntos de vista principales: *a*) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está

108. V., *infra*, apartado 3.
109. En realidad, se sostiene la existencia de este principio también en los ordenamientos de *civil law*: cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 253 ss.; Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 310 ss.; Denti, *Intervento*, en *Incontro sulla riforma del processo civile*, Milano, 1979, p. 257; Cavallone, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, ahora en Id., *Il giudice e la prova*, cit., pp. 444 ss., pero con comentarios fuertemente críticos. Cf. además Kunert, *Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System, and the Civil Law System of «Free Proof» in the German Code of Criminal Procedure*, en *Buffalo L. Rev.* 16, 1966-1967, pp. 122 ss.

referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; *b*) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; *c*) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las parte, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, *d*) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho[110].

Estos aspectos de la libertad de la prueba son los más relevantes porque son los que normalmente se ponen en discusión en las intervenciones del legislador: esto es, son los que se restrigen o delimitan, de distintos modos, por la regulación legal de la prueba y en los que surge, por tanto, un problema de equilibrio (variable en el tiempo y de un ordenamiento a otro) entre los valores representados por la libertad y por la regulación legal de la prueba.

Esta regulación puede afectar, en efecto, con amplitud y soluciones técnicas diversas, a uno u otro, a todos o algunos de los cuatro aspectos indicados anteriormente.

Un sistema jurídico que maximice la *freedom of proof* no tiene que incluir norma alguna sobre ninguno de esos aspectos: un sistema así fue planteado por Bentham, pero obviamente se trata de un límite teórico que no ha sido alcanzado por ningún ordenamiento[111]. En el extremo opuesto, un sistema que maximizara la legalidad de la prueba debería regular de forma completa todos los aspectos indicados. También esta hipótesis constituye un límite teórico inalcanzable, aunque fascine a los adversarios de la libertad de la prueba[112] y probablemente haya sido el modelo idea de algunos ordenamientos probatorios con la impronta del sistema de la legalidad: parece, en efecto, ineliminable

110. Sobre algunos de estos aspectos v. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 253 ss., y Twining, *What is the Law of Evidence*, cit., p. 215, nota 17, que añade la falta de controles jerárquicos sobre la decisión.

111. Cf. Twining, *op. ult. cit.*, p. 195; Id., *Theories of Evidence*, cit., pp. 47 ss., 66 ss. Recientemente también se ha sostenido que la abolición de las *rules of evidence* sería justificable en concreto y no sólo en línea teórica: cf. Tillers, en Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, revisado por P. Tillers, Boston-Toronto, 1983, pp. 630 ss. (en adelante esta obra se citará como Tillers-Wigmore, dada la fusión que en ella se da entre el texto original y el añadido por el revisor).

112. Cf., por ejemplo, los argumentos a favor de un consistente refuerzo de la regulación de la prueba presentados por Cavallone, *op. y loc. ult. cit.*

un criterio de valoración lógico y no jurídico como el de la relevancia de la prueba[113], de la misma forma que no parece posible «clausurar» íntegramente el catálogo de las pruebas admisibles[114]. Los distintos ordenamientos oscilan, pues, entre esos dos extremos, sin alcanzarlos nunca íntegramente, y encuentran puntos de equilibrio situados en posiciones distintas en el *continuum* entre libertad y legalidad, en función de la presencia de uno u otro de los aspectos que se ha indicado. Así, por ejemplo, existen ordenamientos, como los de *common law*, para los que la regulación legal de la prueba se centra esencialmente en la admisibilidad, pero en los que no hay en absoluto normas sobre la eficacia de las pruebas. En cambio, hay ordenamientos, como por ejemplo el italiano, en los que existen numerosas normas de admisibilidad pero también normas de prueba legal y, además, hay una extensa y detallada regulación de los procedimientos de formación y control de las pruebas en el ámbito del proceso. También se dan soluciones distintas y complejas al tema de la «libertad del juez», dado que muchos ordenamientos le reconocen la libertad de elegir los elementos de prueba sobre los que fundar la decisión, pero no la de buscarlos autónomamente o bien rodean esta última «libertad» de límites y condiciones fuertemente restrictivos.

Junto a la complejidad que caracteriza a los contenidos de la regulación de la prueba hay también otra complejidad, que afecta a la relación entre los criterios estrictamente jurídicos y los criterios de racionalidad general (o de sentido común) que gobiernan el fondo amarillo de la piel de leopardo, es decir, el área de la *free proof*.

Esta relación se plantea en términos diversos en función de la forma en que la regulación legal de la prueba entra a disciplinar los distintos problemas.

Algunas veces la ley interviene en el sentido de reforzar o convertir en absoluta la aplicación de criterios de sentido común, haciéndolos suyos pero eliminando su carácter elástico y variable. Así, por ejemplo, parte de una regla de sentido común la *hearsay rule*, que excluye las pruebas «de referencia» para evitar el peligro de error en la valoración del jurado; otros ordenamientos se limitan a recoger la regla de sentido común y admiten la declaración testifical de referencia aunque tomándola con cautela[115], mientras que el *law of evidence* configura al respecto una regla de exclusión (aunque con numerosas excepciones),

113. V., *infra*, apartado 2.1.

114. V., *infra*, apartados 2.1 y 3.

115. En referencia al ordenamiento italiano v., entre lo más reciente, Taruffo, *Prova testimoniale. a) Diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 754.

maximizando precisamente la cautela en presencia del jurado[116]. Del mismo modo, el sentido común dice que si alguien admite la verdad de un hecho que le perjudica, con toda probabilidad dice la verdad, pero esta regla de experiencia se toma en sentido absoluto y se hace mucho más rígida cuando una norma (como el art. 2733.2 cod. civ. it.) afirma que el resultado de la confesión es vinculante e incontestable.

Naturalmente, la intervención del legislador plantea problemas incluso si el contenido de las normas sobre las pruebas se basa en principios de sentido común y de razonabilidad y de alguna manera los recepciona. El hecho es que para aplicar pura y simplemente esos principios no son necesarias normas, dado que precisamente aquéllos rigen en las áreas en las que no hay regulación legal de la prueba. Cuando se introducen normas, se hace porque se considera oportuna la aplicación de criterios ulteriores y distintos (más rígidos y rigurosos) respecto de los de la razonabilidad común. Pero esto solo, que constituye la *ratio* específica de las normas en cuestión, ya permite observar que éstas van siempre *más allá*, y a menudo *en contra*, de lo que podría derivarse del sentido común. Para retomar los ejemplos que se acaban de ofrecer: el sentido común aconseja tomar con cautela las declaraciones testificales «de referencia», pero va más allá y hasta en contra del sentido común una regla que las excluya *a priori*; el sentido común dice que quien admite un hecho desfavorable probablemente dice la verdad, pero es patentemente contraria al sentido común la norma que impone considerar siempre verdadera la confesión.

El fenómeno que se quiere poner en evidencia aquí se manifiesta con una gran cantidad de contenidos y de grados de intensidad, pero está ampliamente difundido, hasta representar una suerte de constante, y puede sintetizarse como sigue: incluso cuando una norma se inspira en una regla de razonabilidad común, y pretende recepcionarla, por definición va más allá de esa regla, ya que en ello está su *ratio* específica. Pero, de este modo, la norma contradice a la regla de razonabilidad de la que había partido, en la medida en que modifica su contenido, estatus lógico, límites de aplicación, elasticidad y adaptabilidad al caso concreto. No faltan, pues, normas que parten del sentido común pero producen resultados que para el sentido común resultan absurdos.

Otro fenómeno importante está constituido por las normas en materia de prueba que no tienen vinculación genética con los criterios de razonabilidad común ni con los del conocimiento racional de los hechos y, es más, tienden a situarse en directa oposición con esos criterios. La razón de este fenómeno proviene del hecho de que se trata de normas que pretenden tutelar valores distintos del de la racionalidad del juicio de hecho y están específicamente dirigidos a hacer prevalecer *aquellos* valores sobre la racionalidad. Bajo ciertos aspectos, se trata de *collision norms* dirigidas a resolver el conflicto entre la racionalidad en la prueba de los hechos y otras exigencias consideradas merecedoras de tutela. Son de este tipo las reglas de exclusión de pruebas que serían lógicamente relevantes pero que violarían reglas de *privacy* o de defensa de secretos de distinta naturaleza, como las que el *law of evidence* recoge en la categoría homogénea de los *privileges*[117]. Otra regla que está en contraste con la razonabilidad es la que impide al juez utilizar su propia «ciencia privada» para determinar los hechos[118]: en efecto, son obvias las razones procesales de garantía del principio de contradicción y de controlabilidad de la decisión que están en la base de esta tradicional y conocidísima regla, pero ello no impide que se oponga al criterio de sentido común que sostiene que cualquiera puede basar su propio conocimiento de un hecho en elementos que caen dentro de su personal «ciencia privada». Un ejemplo más: es un criterio de banal razonabilidad el que sostiene que quien quiera determinar un hecho puede investigar libremente y a su propia iniciativa todos los elementos cognoscitivos que le resulten útiles y esto es, en efecto, lo que se produce en todos los campos de la experiencia, especialista o común, excepto en el del proceso. Es conocido, en efecto, que normas y principios, basados en robustas ideologías del proceso civil y del papel que el juez debe desarrollar[119], inducen a limitar fuertemente y algunas veces a excluir de forma casi absoluta el poder del juez de hacer lo que cualquier otro haría en circunstancias análogas.

También este fenómeno, en el que distintos valores se hacen prevalecer sobre los criterios de razonabilidad en el uso y en la búsqueda de las pruebas, conoce manifestaciones muy distintas en contenido e intensidad, pero constituye una constante en la regulación jurídica de la prueba en los diversos ordenamientos. Es más, en muchos casos constituye la razón esencial que justifica la presencia de aquella regulación. Resulta, por otra parte, confirmada la tesis según la cual en la relación dialéctica entre principios de racionalidad y reglas jurídicas en materia

116. Sobre la *hearsay rule* v., ampliamente, Dondi, *L'evoluzione della «Hearsay Rule» nel processo civile angloamericano*, en *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 97 ss., 223 ss.

117. Para comentarios al respecto v., *infra*, apartado 2.1.

118. Cf., en particular, Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ahora en Id., *Il giudice e la prova*, cit., pp. 297 ss., 311.

119. Para un análisis sistemático reciente de estos problemas cf. Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, tr. cast., Santiago de Chile, 2000, pp. 12 ss., 169 ss., 253 ss.

de pruebas, las segundas operan tendencialmente en el sentido de limitar o excluir la aplicación de los primeros en nombre de razones exclusivamente típicas de la dimensión jurídica del fenómeno probatorio.

2.1. *Relevancia y admisibilidad.*–Como ya se ha mencionado, el primer momento en el que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso. En todos los ordenamientos este problema se resuelve mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno, típicamente lógico, es el de la relevancia de la prueba; el otro, típicamente jurídico, es el de su admisibilidad. Entre esos dos criterios hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil[120]: en consecuencia, el criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos.

Sin embargo, una vez planteado el tema de forma general, algunos aspectos merecen ser clarificados, en particular respecto de la naturaleza y el ámbito de operatividad de los dos criterios.

En cuanto al criterio de la relevancia de la prueba, parece claro que plantea una exigencia de orden generalísimo, vinculada al principio de economía procesal, que está bien expresada por la regla tradicional según la cual *frusta probatur quod probatum non relevat*[121]. No es casualidad que esté presente, con pocas y no significativas variantes terminológicas, en todos los ordenamientos[122], dado que ninguno de ellos admite el derroche de actividades procesales consistentes en la introducción de pruebas que *a priori* se presentan inútiles para la determinación de los hechos.

También es bastante común, aunque no siempre se explicita claramente, la constatación de que el concepto general de relevancia de la prueba se articula en dos conceptos más específicos, ambos incluidos

120. Este criterio, en sí mismo puramente lógico, se traduce en norma jurídica por la Rule 402 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, según la cual «evidence which is not relevant is inadmissible». Al respecto, cf. Wigmore y Tillers, *op. cit.*, I, pp. 655 ss.; Wright y Graham, *op. cit.*, vol. 22, pp. 171 ss., 191; Saltzburg y Redden, *op. cit.*, pp. 109 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 1, pp. 402-410 ss.; Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, St. Paul, Minn., ²1987, p. 23.

121. Cf. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 9 ss.; Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, vol. I, pp. 198 ss.

122. Puede verse un panorama aún sustancialmente válido, aunque no actualizado desde el punto de vista bibliográfico, en Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 102 ss.

en aquél pero distintos entre sí: es, en efecto, relevante por definición la prueba que versa sobre un hecho jurídico (en la terminología del *common law* se habla al respecto de *materiality*) porque es obvio que cualquier prueba de este tipo resulta útil en el proceso[123]; también es relevante la prueba que versa sobre un hecho secundario, por tanto no jurídico, del que puedan derivarse lógicamente consecuencias probatorias respecto del hecho principal (se trata de la *relevancy* de los sistemas de *common law*)[124]. En el primer supuesto, típico de la prueba directa, el criterio de relevancia de la prueba coincide con el de la relevancia jurídica del hecho a probar; en el segundo supuesto, típico de la prueba indirecta, la relevancia de la prueba se establece según un criterio lógico que hace referencia a la posibilidad de formular inferencias probatorias desde el hecho secundario sobre el que versa la prueba hasta el hecho jurídico que necesita ser probado[125].

Para que una prueba sea admitida en el proceso debe ser relevante según uno u otro de los criterios así definidos: si no es relevante según ninguno de ellos, es inútil para la determinación de los hechos en ese proceso. Es más, en rigor cualquier elemento de potencial conocimiento de los hechos del que no se pueda establecer su relevancia en función de uno de aquellos criterios no constituye siquiera un elemento de prueba respecto de los hechos que deben ser determinados, pudiéndose considerar como prueba de un hecho únicamente si es útil para establecer la confirmación de la hipótesis que a él se refiere. Desde esta perspectiva, la relevancia no es propiamente una cualidad de la prueba sino una característica constitutiva de la misma, en el sentido de que sólo lo que es relevante puede ser definido como «prueba» en un proceso.

123. Al respecto, cf. entre lo más reciente Verde, *Prova in generale*, cit., pp. 620 s., y, más ampliamente, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 23 ss., 159 ss. Sobre el concepto de *materiality* v., en la literatura reciente, Wigmore y Tillers, *op. cit.*, I, pp. 18 ss.; Rothstein, *Evidence. State and Federal Rules*, St. Paul, Minn., ²1981, pp. 3 ss.; Lilly, *op. cit.*, p. 25; Wright y Graham, *op. cit.*, pp. 37 ss.

124. Cf., entre lo más reciente, Verde, *ibid.*, y también Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 23 ss., 163 ss. Sobre el concepto de *relevancy* cf. en especial el extenso análisis desarrollado por Tillers en Wigmore y Tillers, *op. cit.*, vol. I, pp. 655 ss., vol. IA, pp. 968 ss., 1004 ss., y también Rothstein, *op. cit.*, pp. 2 ss.; Lilly, *op. cit.*, pp. 23 ss.; Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, pp. 140 ss.; Cross y Tapper, *Cross on Evidence*, London-Dublin-Edinburgh, ⁷1990, pp. 51 ss., 200 ss.; Keane, *The Modern Law of Evidence*, London-Edinburgh, ²1989, pp. 15 ss. El concepto de *relevancy* se constituye como criterio base en la Rule 401 de las *Federal Rules of Evidence*: al respecto, v., en particular, Tillers, *ibid.*, vol. IA, pp. 968 ss.; Saltzburg y Redden, *op. cit.*, pp. 101 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. I, pp. 401 ss.; Wright y Graham, *op. cit.*, pp. 4 ss.

125. Sobre la distinción entre prueba directa y prueba indirecta v., *infra*, capítulo VI, 2.1.

Sin embargo, debe precisarse que la valoración sobre la relevancia de la prueba es preliminar y se basa en una anticipación hipotética del juicio sobre la prueba en relación con el hecho. La valoración es preliminar en el sentido de que sirve para excluir *ex ante* del proceso las pruebas irrelevantes, evitando así que se realicen las actividades procesales necesarias para adquirirlas y que resultarían inútiles a los efectos de la determinación de los hechos. Por otra parte, se trata de una anticipación hipotética en un doble sentido: por un lado, se toma en consideración la posibilidad de que la prueba tenga un resultado positivo (ya que si se conjeturase un resultado negativo sería obviamente inútil *a priori*) y de que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar[126]. Esta conjetura es suficiente para verificar la relevancia de la prueba que versa directamente sobre un hecho jurídico[127]. Si se trata, en cambio, de una prueba que versa sobre un hecho secundario, es necesario formular una segunda y ulterior conjetura: debe presuponerse que la prueba tendrá un resultado positivo, pero especialmente también debe establecerse que, supuesto que el hecho secundario quede probado, éste constituirá la premisa de una posible inferencia relativa al hecho jurídico[128]. En términos de lo dicho anteriormente, se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico[129].

Esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener *ex post* en el juicio final sobre los hechos[130]. Por un lado, en efecto, el resultado de la prueba se conjetura, no se valora: se presupone que el hecho secundario resultará probado, pero ello no implica valoración preliminar alguna respecto de la eficacia de la prueba. Por otro lado,

126. Sobre este aspecto del problema v., entre lo más reciente, Verde, *op. ult. cit.*, p. 620 y Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 168, 231 ss.
127. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 159 ss.
128. Sobre este aspecto del juicio de relevancia v., extensamente, Tillers, en Wigmore y Tillers, *op. cit.*, vol. IA, pp. 1030 ss., 1077 ss. V. además Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 163 ss.
129. V., en general, *supra*, capítulo IV, 2.2 y 2.3.
130. Sobre la distinción entre juicio preliminar de relevancia y juicio *ex post* sobre la eficacia de la prueba v., más ampliamente, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 54 ss., 167 ss., 233 ss.; Tillers, *op. ult. cit.*, pp. 968 ss., 976 ss. Esa distinción se aclara posteriormente en la medida en que se excluye que el juicio de relevancia pueda fundarse sobre criterios como la verosimilitud del hecho o el resultado concreto previsible de la prueba: al respecto, v., una vez más, *ibid.*, pp. 8 ss., 79 ss.

también la formulación de la inferencia que va del hecho secundario al hecho jurídico es puramente hipotética y provisional: es hipotética porque se basa en la conjetura de la ocurrencia del hecho secundario y de la posibilidad de obtener de ella inferencias significativas acerca de la ocurrencia del hecho principal[131]; es provisional porque sirve únicamente para establecer si vale o no la pena incorporar la prueba y no vincula ni predetermina de forma alguna la valoración que se relizará *ex post* en el momento en que la decisión sobre los hechos se formulará efectivamente.

Aclarada así en términos generales la estructura del juicio sobre la relevancia de la prueba, es necesaria una aclaración adicional respecto de la función que se atribuye al criterio de relevancia en el contexto de los principios que gobiernan la selección preliminar de las pruebas que deben ser admitidas en el proceso. Es verdad que todo ordenamiento procesal debe tomar en cuenta ese criterio, pero no es totalmente obvia la función que le viene asignada.

En efecto, vale la pena observar que normalmente se pone en evidencia el aspecto negativo del referido criterio, es decir, la función de exclusión, consistente en la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes. Menos evidente se presenta, en cambio, el aspecto positivo, o la función de inclusión, del criterio de relevancia, es decir, la oportunidad de admitir en el proceso todas las pruebas relevantes.

A partir de la racionalización llevada a cabo por Thayer[132] este planteamiento se ha convertido, por otra parte, en fundamental en los ordenamientos del *common law*[133] hasta encontrar su consagración en la Rule 402 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas[134]. La afirmación según la cual *all relevant evidence is admissible* constituye la consagración jurídica de un principio de racionalidad según el cual, si se necesita determinar un hecho, todos los elementos idóneos para fundar esa determinación deben poder emplearse. El único criterio razonable de inclusión, pero también la única regla razonable de ex-

131. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 233 ss., 247 ss.
132. Cf., en particular, *A Preliminary Treatise*, cit., pp. 266 ss. Sobre el pensamiento de Thayer cf. Wigmore y Tillers, *op. cit.*, I, p. 671, y Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., pp. 190 ss., también con referencias a la orientación análoga de la doctrina sucesiva del *common law*.
133. V., por ejemplo, en la doctrina reciente, Rothstein, *op. cit.*, p. 5, quien habla de una «presunción de admisibilidad» que caracterizaría a la prueba en la medida en que sea relevante. En sentido análogo, cf. Wigmore y Tillers, *op. cit.*, I, pp. 667 ss., con muchísimas referencias bibliográficas.
134. V. las indicaciones bibliográficas en la nota 120.

clusión, derivan entonces de la valoración racional acerca de la posible e hipotética utilidad del elemento específico de prueba respecto de la determinación del hecho[135].

En resumen, lo que resulta útil para determinar el hecho puede y debe ser admitido, mientras que sólo aquello que es, en ese sentido, inútil debe excluirse preliminarmente del proceso.

En un sistema como el auspiciado por Bentham, basado exclusivamente en criterios racionales[136], sólo éste debería ser el criterio preliminar de admisión de las pruebas. En su obvia razonabilidad, esto se corresponde por otra parte con lo que normalmente sucede en cualquier campo de la experiencia, común o científico, en el que se trate de establecer qué debe usarse cuando es necesario formular un juicio aceptable acerca de la existencia de un hecho. En resumen, es racional pensar que el campo de lo que puede constituir prueba incluye todo lo que puede ser útil para determinar los hechos.

Sin embargo, lo que puede parecer obvio desde el punto de vista del análisis racional del problema de los criterios de admisión de las pruebas no lo es cuando se pasa a tomar en consideración cómo la regulación jurídica de las pruebas se ocupa del mismo problema.

Ante todo, en la doctrina del *civil law* —y en la italiana en particular— no falta quien no toma siquiera en cuenta la función *inclusiva* del criterio de relevancia y toma en consideración únicamente la función *exclusiva*, subordinando el criterio de relevancia al de admisibilidad jurídica de las pruebas. La función inclusiva implica, como ya se ha visto, que toda prueba relevante sea por ello mismo admisible sobre la sola base de sus relaciones lógicas con el hecho a determinar. Pero ésta es contradicha cuando, en presencia de una regulación jurídica referida a algunos tipos de prueba e incluso en ausencia de una norma expresa que excluya la admisibilidad de las pruebas no explícitamente previstas por la ley, se sostiene que el catálogo legal de las pruebas es taxativo[137].

135. Obviamente, desde esta perspectiva el verdadero problema resulta ser el de la individualización de los criterios racionales para esa valoración. No obstante, no es necesario discutir aquí detalladamente este aspecto: si, como se ha dicho anteriormente, el juicio de relevancia tiene la estructura de una anticipación hipotética de la que será la valoración de la prueba, los criterios racionales para el juicio de relevancia son los mismos que gobiernan las inferencias probatorias. Así pues, valen también para el juicio de relevancia los esquemas que se han elaborado en el capítulo V.

136. V., *supra*, nota 111.

137. Esta orientación se ha manifestado diversas veces en la doctrina italiana, con ocasión del debate sobre las pruebas atípicas (v., *infra*, apartado 3). Una de las formas en que se plantea la oposición a la admisibilidad de estas pruebas consiste en afirmar la taxa-

Esta tesis, que sería evidentemente infundada en los sistemas de *common law* donde rige el principio opuesto de inclusividad del criterio de relevancia, no está necesariamente vinculada a la estructura de los sistemas probatorios de *civil law* o a su regulación jurídica positiva. Es más, en el ámbito de estos ordenamientos no faltan ejemplos de normas que expresamente prevén la admisibilidad de pruebas distintas de las catalogadas[138], y donde faltan normas de este tipo la opinión prevaleciente parece inclinarse en el sentido de que la presencia de pruebas expresamente previstas por la ley no excluye en absoluto la posibilidad de emplear pruebas no previstas[139]. Sin embargo, hay quien

tividad del catálogo legal de los medios de prueba. Al respecto v. el reciente análisis de Ricci, *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo, 1990, pp. 14 ss., 25 ss., 76 ss., además de Verde, *op. ult. cit.*, pp. 605 ss. Entre los más recientes defensores del principio de taxatividad cf. especialmente Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ahora en Id., *Il giudice e la prova*, cit., pp. 335 ss.; Id., *Oralità e disciplina della prova*, cit., pp. 468 ss. Cfr también Laserra, *Critica delle cosiddette «prove innominate»*, en *Giur. it.*, 1960, I, 1, 838 ss.; Grasso, *Dei poteri del giudice*, en *Commentario del codice di procedura civile*, dirigido por E. Allorio, 1, 2, Torino, 1972, pp. 1304 ss. En sentido análogo v. también Comoglio, *Le prove*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 172.

138. Un ejemplo de gran importancia a este respecto está constituido ahora por el artículo 189 del nuevo cod. proc. pen. it. En efecto, éste admite expresamente el uso de pruebas «no reguladas por la ley», siempre que sean idóneas para asegurar la determinación de los hechos y no prejuzguen la libertad moral de la persona; además, la norma prevé que el juez oiga previamente a las partes acerca de la modalidad de asunción de la prueba atípica. Después de un largo debate sobre el principio de taxatividad de las pruebas penales (sobre el que puede verse Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, pp. 47 ss., 87 ss.) ha acabado imponiéndose el principio opuesto de no taxatividad. Las pruebas atípicas se admiten así explícitamente, aunque el nuevo código tiende a reforzar las garantías de legalidad de la prueba penal: en efecto, aquéllas se admiten introduciendo condiciones legales que pretenden asegurar la corrección de su empleo. Sobre estos problemas cf., ampliamente, Nobili, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinado por M. Chiavario, Torino, 1990, II, pp. 397 ss.; *Codice di procedura penale*, comentado por F. Cordero, Torino, ²1992, p. 230; Siracusano, Dalia, Galati, Tranchina y Zappalà, *Manuale di diritto processuale penale*, I, Milano, 1990, pp. 389 s.; Conso y Grevi, *Prolegomeni ad un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, pp. 163 s. Las pruebas atípicas están expresamente admitidas, en distintas formas, en algunos códigos procesales civiles latinoamericanos, como el argentino (art. 378), el mexicano (art. 289) y el brasileño (art. 332): cf., también para referencias bibliográficas, Ricci, *op. cit.*, pp. 82, 163. Una disposición análoga está presente en el artículo 87 del cod. proc. civ. de la Ciudad del Vaticano.

139. La situación parece distinta en Alemania, pero sobre la base de diferencias nominalistas y no de sustancia. Es verdad que no faltan afirmaciones explícitas en favor de la tipicidad de los medios de prueba previstos por la ZPO (v., por ejemplo, Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, München, ⁴1987, pp. 20, 318; Arens, *Zivilprozessrecht, 3. Aufl.*, München, 1984, p. 178), pero éstas no excluyen en absoluto el empleo de *otros* medios de prueba. El hecho es que se consideran pruebas en sentido estricto sólo aquéllas

parte de la presencia de la regulación legal de *algunos* medios de prueba para deducir de ello que *sólo* los medios de prueba expresamente previstos por la ley pueden ser admitidos[140]. Esta tesis parece lógicamente injustificada, parte de una idea inaceptable del catálogo legal de las pruebas[141] y, en especial, contradice la concepción racional de la

expresamente reguladas por la ley, mientras que se definen *Indizienbeweis* todos los otros elementos de prueba, que son admisibles sin límites en la medida en que resulten útiles para la determinación de los hechos. Por otra parte, en el ordenamiento alemán no hay ninguna norma que se refiera a los indicios, pero éstos se admiten sobre la base de la regla general de la libre convicción del juez contenida en el § 286 de la ZPO. No es verdad, pues, que en Alemania no haya pruebas atípicas; simplemente, se califican como «pruebas indiciarias» y no como pruebas en sentido estricto (cf. Zöller, *Zivilprozessordnung, 15. Aufl.*, Köln, 1987, p. 776; Arens, *op. cit.*, p. 180; Baumbach, Lauterbach, Albers y Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München, [47]1989, p. 840; Stein y Jonas, *Kommentur zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, [40]1987, 2 Band, Teilband 1, pp. 144, 146; Wieczorek, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Berlin-New York, [2]1976, 2 Band, S286 B IV a2). Debe recordarse, por otra parte, que en la doctrina de lengua alemana se obtiene a partir del derecho a la prueba la prohibición de *numerus clausus* de las pruebas que pueden usarse en el proceso: cf. Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, p. 303 [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banhaf, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 335 ss.]; Id., *Il diritto alla prova in Svizzera*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1187, 1198.

140. V. indicaciones bibliográficas, *supra*, en la nota 137.

141. La injustificación lógica proviene del hecho de que, para poder decir que un catálogo legal de las pruebas es completo y taxativo, es necesario presuponer que todas las pruebas están comprendidas en él, es decir, que se definen como «pruebas» todas y únicamente las voces del catálogo: pero esto es un círculo vicioso. Hay, además, otras buenas razones para considerar inaceptable la idea del catálogo de las pruebas que esta concepción presupone. En efecto, esta concepción parte de la premisa de que, al ocuparse de las pruebas, el legislador *ha querido* regular todas las pruebas; pero no hay ningún signo, ni en el italiano ni en otros ordenamientos, de aquella voluntad (que, en todo caso, sería muy poco relevante en sede de interpretación del *ius conditum*). En el ordenamiento italiano se conjetura a veces esa voluntad observando que el catálogo legal de las pruebas civiles es minucioso, categórico y severo (cf., por ejemplo, Laserra, *op. cit.*, *loc. cit.*; Ricci, *op. cit.*, pp. 78 s.; Comoglio, *op. cit.*, *loc. cit.*), pero esta inferencia parece infundada. En efecto, de la minuciosidad de un elenco no se puede deducir que éste sea completo y taxativo.

Por otra parte, tanto en el ordenamiento italiano como en otros, la regulación de las pruebas civiles es heterogénea, incoherente y desordenada, tal como los tradicionales elencos de las *species probationum* (así, exactamente, Cavallone, *Critica*, cit., pp. 345 s.) y, además, en Italia está distribuida inorgánicamente en varios códigos y en diversos conjuntos normativos. En una situación de este tipo, queda descartada cualquier hipótesis acerca de una voluntad racional del legislador y es incluso impropio hablar de catálogo, si con ese término se hace referencia a un elenco que tenga un mínimo de homogeneidad y coherencia. Es imposible deducir nada a partir de una regulación de ese tipo y mucho menos que ésta es completa y taxativa. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la mera presencia de la regulación legal de algunas (y incluso de numerosas) pruebas no demuestra en absoluto que ésta tenga carácter taxativo: no faltan en absoluto ejemplos

prueba, para la que es prueba todo aquello que sirve para determinar un hecho. A ésta se contrapone una concepción estrictamente legalista para la que es prueba únicamente aquello que la ley admite expresamente como prueba. Esta concepción es típica de una aproximación fuertemente formalista según la cual sólo aquello que está expresamente previsto por normas existe en el mundo de los fenómenos jurídicos. Dicha aproximación, que se presenta como una versión extrema del positivismo jurídico, es discutible, pero no puede ser aquí analizada en sus términos generales[142]. Sin embargo, vale la pena realizar una observación para poner en duda su atendibilidad: produce, al menos, una consecuencia inaceptable racionalmente, en la medida en que implica que se excluyan del proceso pruebas relevantes cuando éstas no están expresamente previstas por la ley. Dado que ésta es una consecuencia fuertemente irracional, necesitaría, para ser aceptada, una base más sólida que la mera inversión lógica de las relaciones entre relevancia y admisibilidad de la prueba[143]; en resumen, esa concepción debería aceptarse sólo allí donde existiera una norma de clausura del catálogo legal de las pruebas que declarase directamente inadmisibles las pruebas no comprendidas en el catálogo[144]. A falta de una norma de ese

(v. las notas 138 y 144) en los que normativas analíticas sobre las pruebas prevén expresamente la admisibilidad de pruebas adicionales respecto a las reguladas por la ley.

142. V. el análisis de Tarello, *Formalismo giuridico*, en Id., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 28, 35 ss.

143. Esta inversión se realiza cuando se sostiene que el criterio de relevancia no sirve para establecer lo que puede servir como prueba (exceptuada la posibilidad de que una prueba deba ser excluida *por otras razones*) y se piensa, en cambio, que *primero* debe establecerse si un elemento de prueba es legalmente admisible y posteriormente verificarse si es también relevante. Está claro que de esa forma resultan admisibles sólo las pruebas a las que la ley se refiere expresamente y que, en consecuencia, el juicio de relevancia se efectuará únicamente dentro del ámbito así definido. La relación correcta entre admisibilidad y relevancia de la prueba parece, en cambio, como ya se ha dicho al inicio de este epígrafe, la opuesta: es admisible todo medio de prueba relevante, en la medida en que lo es, excepto que una norma específica lo excluya.

144. Según Ricci, *op. cit.*, p. 12, y Comoglio, *op. ult. cit.*, p. 172, una taxatividad tendencial de las pruebas se habría implementado en el proceso civil de los países socialistas, pero el punto es muy dudoso. Por un lado, en realidad, una taxatividad tendencial equivale a una no-taxatividad. Por otro lado, es verdad que en esos ordenamientos existen normas que elencan los medios de prueba, pero también lo es que esas mismas normas, como por ejemplo en el sistema soviético, contienen una definición amplísima según la cual es prueba cualquier elemento de hecho sobre cuya base el juez, en las formas prescritas por la ley, establece la existencia de los hechos alegados por las partes como fundamento de sus demandas o excepciones, así como cualquier otra circunstancia que tenga relevancia para una decisión justa de la causa (cf. el art. 17 de los Principios fundamentales de procedimiento civil de la URSS y de la República Socialista Federativa de Rusia, ambos en *Ricerche sul processo. I. Il processo civile sovietico*, Padova, 1976, pp. 33 y 89).

tipo, la consecuencia en cuestión y la premisa de la que ésta se obtiene no pueden estar fundadas en una base únicamente racional, dado que están en neta contradicción con la concepción racional de la prueba y de su respectivo criterio de relevancia. La tesis está infundada, pues, porque es irracional: pero su propia existencia muestra que los criterios de análisis racional de la prueba pueden ser absolutamente abandonados en nombre de la omnipotencia y la omnicomprensividad de la dimensión normativa del fenómeno probatorio.

Es necesario, pues, tomar en consideración que, algunas veces, la ley se superpone al criterio lógico general de relevancia no sólo para incorporarlo, como ocurre en todas las normas que expresamente prevén el juicio preliminar de relevancia, sino también para modificar de distintas formas su incidencia sobre la admisión de las pruebas. Algunas veces sucede que se excluye su aplicación adoptando un sistema *overinclusive*, es decir, un sistema tal que permite la incorporación al proceso también de pruebas irrelevantes. Es lo que ocurre en el ordenamiento italiano respecto de las pruebas documentales, que no están sujetas a ninguna selección preventiva con la idea de que el criterio de relevancia sirve únicamente para evitar actividades procesales inútiles y, por tanto, no vale la pena aplicarlo cuando, estando la prueba preconstituida, su adquisición no implica actividad procesal de ningún tipo. La consecuencia, no muy razonable si se mira bien, es que las partes pueden producir todos los documentos que quieran, incluso completamente irrelevantes, haciendo recaer sobre el juez la tarea de desbrozar y seleccionar lo que es útil para la prueba de los hechos[145].

En sentido contrario, en cambio, puede suceder también que la ley subordine la admisión de una prueba a un criterio más restrictivo que el representado por la mera posibilidad de que aquélla ofrezca elementos de confirmación a la hipótesis sobre el hecho. Esto puede depender

Se da, pues, un evidente régimen de no-taxatividad de los medios de prueba, con alguna excepción específica constituida por normas que prevén que ciertos hechos se determinen únicamente con ciertos medios de prueba.

145. En la doctrina se ha propuesto la tesis según la cual también el documento estaría sujeto a una valoración de admisibilidad, en el sentido de que el juez no podría fundar la decisión sobre un documento que por alguna razón fuera inadmisible (v., entre lo más reciente, Ricci, *op. cit.*, pp. 147 ss., y especialmente Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 638 ss.). Esta tesis no incide, sin embargo, en lo que se afirma en el texto, dado que: 1) se ocupa de la admisibilidad jurídica pero no de la relevancia del documento; 2) debe necesariamente ubicar la respectiva valoración por parte del juez en el momento de la decisión, lo que resulta obvio pero precisamente da por descontada la falta de filtros preliminares sobre la producción de documentos. No se puede identificar ningún filtro de este tipo, y seguramente ningún filtro de relevancia, en el artículo 87 disp. ad. cod. proc. civ.

de la naturaleza peculiar de un determinado medio de prueba, como ocurre en el caso de la naturaleza «decisoria» del juramento[146], o bien del hecho de que, por las razones más variadas, el legislador pretenda limitar la posibilidad de adquirir pruebas, como ocurre en el caso de la «indispensabilidad» requerida para la admisión de nuevas pruebas en la apelación[147].

También puede suceder que el criterio de economía procesal conlleve una rectificación sucesiva de la inicial admisión de las pruebas: una prueba admitida por ser lógicamente relevante no deja de serlo en el curso sucesivo del proceso, pero puede resultar superflua si el hecho en un cierto momento ya está probado sobre la base de otras pruebas y, en ese caso, se justifica el hecho de que aquella prueba no se incorpore al proceso[148].

Finalmente, es necesario tomar en consideración el aspecto más importante desde el que la regulación jurídica de la prueba incide en la relativa selección preliminar: el referido a las reglas jurídicas de admisibilidad de las pruebas.

Estas normas se refieren a la prueba desde la perspectiva de su admisión, en la medida en que establecen criterios jurídicos de selección de las pruebas en vista de su posible incorporación al proceso. Como ya se ha visto anteriormente, esas reglas entran en juego una vez que se ha formulado el juicio de relevancia y se aplican, por tanto, únicamen-

146. Sobre la distinción entre la relevancia y el carácter decisorio cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss.

147. Cf. el artículo 437.2 cod. proc. civ. it. y ahora también el artículo 345.3, tal como ha sido redactado por la ley 26 de noviembre de 1990 n.° 353. Sobre la indispensabilidad prevista por el artículo 437 cf. Barone, en Andrioli, Barone, Pezzano y Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, ²1987, pp. 875 ss.; Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, ³1987, p. 232; Montesano y Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, ²1989, pp. 268 ss. Sobre la reforma del artículo 345 cf., para lo que aquí interesa, Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario breve al cod. proc. civ. Appendice di aggiornamento*, Padova, 1991, pp. 155 ss.; Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, pp. 246 ss.; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 210 ss.; Verde y Di Nanni, *Codice di procedura civile*. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Torino, 1991, pp. 181; Montesano y Arieta, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, pp. 85 ss.; Consolo, Luiso y Sassani, *La riforma del processo civile. Commentario*, Milano, 1991, pp. 282 ss.

148. Esta posibilidad está prevista por el artículo 209 cod. proc. civ. it. (v., al respecto, Comoglio, *Il principio di economia*, cit. I, pp. 200 ss.). Sin embargo, se presentan dudas sobre la forma de definir la «superfluidad» sobrevenida de la prueba, contraponiéndose criterios más rigurosos, para los que únicamente sería superflua la prueba conforme con la determinación del hecho ya realizada (así, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 71 ss.; Id., *Il diritto alla prova*, cit., pp. 97 ss.), con criterios más flexibles (sobre los que puede verse Tarzia, *Problemi del contraddittorio*, cit., p. 697).

te a pruebas lógicamente relevantes, dado que no tiene sentido preguntarse si es jurídicamente admisible una prueba que en cualquier caso no resultaría útil para la determinación de los hechos.

Independientemente de la forma específica en la que están formuladas, esas normas son, en realidad, reglas de admisibilidad, dado que su función específica es la de excluir o precluir la admisión de pruebas que podrían ser admitidas, dado que son relevantes. La situación está descrita de un modo clarísimo por la ya mencionada Rule 402 de las *Federal Rules* norteamericanas, en la que se dice, precisamente, que «all relevant evidence is admissible, except otherwise provided...» en referencia a normas de distintos tipos que excluyen la prueba[149]. Incluso allí donde la situación no es tan evidente, como a menudo sucede en los ordenamientos de *civil law*, el rechazo de la tesis que afirma la taxatividad del catálogo legal de las pruebas conduce a un resultado equivalente: si cualquier prueba es admisible si es relevante, las normas que versan sobre la admisibilidad de las pruebas son necesariamente reglas de exclusión.

La formulación literal de estas normas es más explícita en este sentido allí donde su función de exclusión está claramente reconocida, como en los ordenamientos de *common law*, pero esa función es evidente, también, en los sistemas de *civil law*, incluso si a veces resulta sólo indirectamente de la dicción literal de las normas[150]. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que no siempre se trata de la exclusión total o radical de una prueba; más a menudo se trata, en cambio, de admitirla en ciertas circunstancias y de excluirla en otras, de restringir

149. Sobre la Rule 402 v. referencias bibliográficas en la nota 120. En particular, sobre los tipos de normas que introducen criterios de admisibilidad, cf. Wright y Graham, *op. cit.*, pp. 199 ss. Un aspecto relevante del *law of evidence* norteamericano está constituido por el hecho de que la Rule 403 de las *Federal Rules* permite la exclusión de pruebas relevantes si su eficacia probatoria (*probative value*) es contrarrestada por el período de «unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury» o también de «undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence» (sobre estos supuestos cf. Wigmore y Tillers, *op. cit.*, vol. I, pp. 679 ss.; Wright y Graham, *op. cit.*, pp. 243 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. I, pp. 403-1 ss.; Saltzburg y Redden, *op. cit.*, pp. 115 ss.; Lilly, *op. cit.*, pp. 34 ss.; Rothstein, *op. cit.*, pp. 6 ss.).

150. Esto vale seguramente para las normas que establecen *autónomamente* la admisión o exclusión de las pruebas. Hay también, por otra parte, normas «inclusivas», pero se trata en esos casos de la recepción normativa del criterio de relevancia, en cuanto que afirman de una forma u otra que las pruebas relevantes deben admitirse, o de normas que tienen una función simplemente ejemplificativa o definitoria, como las que presentan un elenco de tipos de prueba. En ambos casos se trata de normas que no inciden autónomamente sobre la admisión de la prueba: en efecto, incluso si no existieran, deberían admitirse las mismas pruebas sobre la base del criterio lógico de la relevancia.

o ampliar sus presupuestos de admisibilidad o de introducir derogaciones más o menos amplias a la regla de exclusión.

Son precisamente estos aspectos de la regulación legal de la admisibilidad/inadmisibilidad de las pruebas los que permiten mayores variaciones y matices, y hacen que distintos ordenamientos se diversifiquen incluso de forma acentuada entre sí, permaneciendo en el ámbito de la misma técnica de regulación legal de la prueba.

Por otra parte, las modalidades con las que el ordenamiento jurídico interviene para regular la admisión/exclusión de las pruebas son esencialmente relativas y variables en el plano diacrónico, además del sincrónico.

Para mostrar la relatividad histórica esencial de los criterios en los que se basan las reglas de exclusión de las pruebas bastan pocos, pero importantes, ejemplos. Por un lado, es conocido que el sistema angloamericano de las *exclusionary rules* es de formación relativamente reciente, dado que se concreta en el siglo XVIII, y que además se está produciendo desde hace tiempo un complejo movimiento de reducción y simplificación del sistema[151]. También las reglas concretas cambian en el tiempo: la *best evidence rule* fue, en un momento, importante pero ahora parece olvidada en Inglaterra[152], mientras que la *hearsay rule* ha conocido incluso recientemente importantes reformas[153].

Por otro lado, es también conocido que las reglas que privilegian la prueba escrita de los contratos, con relativa exclusión de la prueba testifical, derivan de una evolución histórica muy compleja. Por razones de mayor fiabilidad del documento o de mayor funcionalidad de la prueba escrita[154], la regla *lettres passent témoins* se afirma sólo a partir

151. Sobre la evolución general de las *exclusionary rules* v. algunos comentarios en Taruffo, *Studi*, cit, pp. 97 ss.; Cappelletti, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, en *Giur. it.*, 1968, IV, 39 ss. [tr. cast., *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pp. 111 ss.]; Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en Id., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, pp. 99 ss.

152. Cf. Keane, *op. cit.*, pp. 18 s. La misma regla conserva en cambio una cierta importancia en los Estados Unidos en referencia a las pruebas documentales: cf. Lilly, *op. cit.*, pp. 529 ss.; Rothstein, *op. cit.*, pp. 76 ss.; Lempert y Saltzburg, *op. cit.*, pp. 1057 ss.

153. Para un amplio examen de al respecto, cf. Dondi, *op. cit.*, y, entre lo más reciente, Cross y Tapper, *op. cit.*, pp. 533 ss.

154. Para las tesis según las cuales la prueba escrita es preferida, no por su fiabilidad, sino porque hace más simple el juicio sobre los hechos, cf. Foriers, *Considerations sur la preuve judiciare*, cit., pp. 320 ss.

de un cierto momento en la evolución del derecho europeo de las pruebas, sustituyendo a la regla opuesta *témoins passent lettres*[155].

En cuanto a la relatividad de las elecciones realizadas por los distintos ordenamientos en función de las razones más diversas y a veces opuestas, los ejemplos podrían ser aún más numerosos.

Basta pensar en la regulación de la prueba testifical para encontrar ejemplos interesantes. Por un lado, la declaración testifical *hearsay* está tendencialmente excluida por no ser fiable en los ordenamientos de *common law*[156], mientas que es admitida, a pesar de su escasa fiabilidad, en los ordenamientos continentales.

Por otra parte, el tercero que podría intervenir en la causa es considerado incapaz para testificar en el ordenamiento italiano (art. 236 cod. proc. civ. it.), mientras que no existe una regla análoga en otros ordenamientos de *civil law*[157] e incluso la declaración de las partes en sentido estricto, y no sólo de las potenciales, está normalmente admitida en numerosos ordenamientos[158].

Bajo una perspectiva distinta, debe también tenerse en cuenta que las normas de derivación francesa que excluyen la prueba testifical de los contratos no sólo no tienen equivalente en los sistemas de *common law*, sino tampoco en otros ordenamientos europeos, como el español y los de tipo alemán, en los que las relaciones entre prueba testifical y prueba escrita se plantean en términos de su relativa eficacia y no en términos de inadmisibilidad de una y privilegio de la otra[159].

Naturalmente, en la base de estas y otras variaciones se pueden encontrar siempre explicaciones, especialmente de carácter histórico, o razones sistemáticas debidas a la exigencia de tutelar valores considerados prevalecientes, como en el caso de las normas que excluyen la declaración testifical a los efectos de no lesionar secretos personales, profesionales o de carácter público. Esto no impide que algunas veces

155. Sobre las razones y las modalidades de este cambio, cf. Foriers, *op.* y *loc. ult. cit.*; Lévy, *Les classifications des preuves*, cit., pp. 39 ss.; Taruffo, *Prova testimoniale*, cit., p. 741, también para referencias bibliográficas adicionales.

156. V. las indicaciones bibliográficas de la nota 153 y, en la literatura más reciente, Keane, *op. cit.*, pp. 176 ss.; Cross y Tapper, *op. cit.*, pp. 630 ss.; MacCormick, Sutton y Wellborn, *Cases and Materials on Evidence*, St. Paul, Minn., [6]1987, pp. 341 ss.; Lilly, *op. cit.*, pp. 180 ss.; Rothstein, *op. cit.*, pp. 161 ss.

157. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 736 ss.

158. Cf. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, reed. 1974, en especial por el panorama comparado trazado en el vol. II. [tr. cast. parcial, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 319 ss.].

159. Para algunos comentarios y ulteriores indicaciones bibliográficas v. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 743 ss., 747, 755 ss.

se trate de normas que carecen de un fundamento razonable, como sucede —según la opinión prevaleciente— en el caso del artículo 246 cod. proc. civ. it.[160], o se ponen en oposición con otros valores a su vez merecedores de tutela, como en el caso en el que impiden o restringen excesivamente el ejercicio del derecho a la prueba que se reconoce a las partes como manifestación de la garantía constitucional de la defensa[161].

En todo caso, la extrema variabilidad y relatividad de las normas que regulan la admisión/exclusión de las pruebas confirma, por un lado, que se trata de un campo abierto a la influencia de los factores más diversos; pero, por otro lado, confirma también que es extremadamente difícil, si no imposible, encontrar en ese campo factores de racionalización que vayan más allá de las características específicas de la evolución hitórica y del orden sistemático de cada ordenamiento.

Es posible, sin embargo, extraer de esta circunstancia una conclusión ulterior de orden general. Si la regulación de la admisibilidad de las pruebas está caracterizada en general por un alto grado de relatividad, las soluciones adoptadas en cada ordenamiento son relativas y contingentes, aunque «desde dentro» de cada ordenamiento parezcan racionales, coherentes y, por tanto, dotadas de un grado de fundamentación que haga pensar que se trata del único régimen posible.

En cambio, siendo evidente que no es así en ningún ordenamiento positivo, resulta insostenible la idea, ya mencionada anteriormente, según la cual sólo cabe buscar la definición de prueba en la regulación normativa de las pruebas y en el respectivo catálogo legal. Si bien es verdad, en efecto, como ya se ha intentado aclarar anteriormente, que el (único) carácter específico de la prueba jurídica cabe buscarlo en la regulación normativa[162], también lo es que ninguna definición o conocimiento válidos del fenómeno probatorio puede alcanzarse si se observa exclusivamente al modo en que las pruebas están reguladas por la ley, con mayor razón si una operación de este tipo se realiza tomando como referencia un solo sistema positivo.

En cuanto al problema de la admisión de las pruebas, lo dicho induce a considerar válido el principio según el cual *cualquier prueba re-*

160. En este sentido, cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 737, y, especialmente, Comoglio, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, en *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 41 ss., y Cappelletti, *La sentenza del bastone e della carota (A proposito della dichiarazione di costituzionalità-ammissibilità degli artt. 246-247 c.p.c.)*, en *Giur. cost.*, 1974, 3586 ss.

161. Al respecto, cf. Taruffo, *Il diritto alla prova*, cit., pp. 82 ss.

162. V., *supra*, apartado 1.3.

levante debe ser admitida, excepto que una norma jurídica específica la excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares. Este principio tiene, en efecto, un fundamento racional que trasciende los límites y las peculiaridades de cada ordenamiento: responde a la exigencia fundamental de maximización de las posibilidades de determinación racional y aceptable de los hechos, evitando al mismo tiempo que se lleven a cabo actividades procesales inútiles.

2.2. *La formación de la prueba*.–Un aspecto importante adicional de la regulación legal de la prueba está referido a su formación, es decir, a las modalidades mediante las cuales la prueba se constituye como elemento utilizable para la determinación judicial del hecho. Se trata normalmente de «procedimientos», en el sentido de que la prueba se crea por parte de sujetos particulares, según secuencias preordenadas de actos o comportamientos cuyo objetivo es esa creación y que pueden ser más o menos complejas en función de los casos. Puede distinguirse entre procedimientos procesales en los que las pruebas se forman en el ámbito del proceso (en cuyo caso se denominan «de formación procesal») y procedimientos extraprocesales cuando las pruebas se crean fuera del proceso (por ejemplo, por obra de un notario: se habla entonces de pruebas «preconstituidas»). Desde otra perspectiva, se puede distinguir entre la verdadera y estricta *formación* de la prueba, cuando el procedimiento sirve para «crear» un elemento de prueba y *control* sobre la prueba, cuando el elemento de prueba ya existe pero se trata de verificar su aceptabilidad o autenticidad. Puede ocurrir que el control sea contextual a la formación, como sucede por ejemplo en algunas modalidades de asunción de las declaraciones testificales[163], pero puede

163. Cf., por ejemplo, el artículo 251 cod. proc. civ. it. sobre el juramento de los testigos, el artículo 252 en lo que se refiere a la existencia de relaciones de parentesco, afiliación o dependencia con una de las partes y el requerimiento de aclaraciones sobre la atendibilidad del testigo, el artículo 253 sobre las preguntas de aclaración, el artículo 254 sobre la confrontación de los testigos y el artículo 256 en lo que se refiere a las consecuencias de la reticencia y del falso testimonio. La relación y la mezcla entre formación y control sobre la prueba son evidentes también en el mecanismo del interrogatorio cruzado: por un lado, la *direct examination* pretende principalmente producir la declaración testificar, mientras que la *cross examination* pretende principalmente atacar la credibilidad del testigo y la aceptabilidad de sus declaraciones; por otro lado, las reglas que se aplican en las dos fases del interrogatorio (como, por ejemplo, la prohibición de plantear *leading questions*) pretenden asegurar un cierto grado de aceptabilidad de la declaración testifical, pero entran en juego durante su formación. Sobre estos aspectos cf. Fanchiotti, *La testimonianza nel processo «adversary»*, Genova, 1988, pp. 276 ss.; Calamanti, *La «cross-examination». Studio comparato sull'esame dei testimoni nel dibattimento penale italiano en el «trial» angloamericano «in open court»*, en *Arch. pen.*, 1985, pp. 76 ss.; Stone, *op. cit.*, pp. 113 ss., 129 ss., 155 ss., 170 ss., 207 ss.

ocurrir también que las dos fases sean distintas e incluso que sólo el control se produzca en el proceso (como, por ejemplo, en el caso de la impugnación de la autenticidad de un documento público o de la comprobación de una escritura privada).

El problema principal que se plantea a propósito de la formación de la prueba en el sentido amplio definido es si existen únicamente procedimientos legales de formación de la prueba o bien si la prueba puede formarse de otros modos, distintos de los regulados por la ley. Un aspecto ulterior de este problema es si los procedimientos legales de formación/control de las pruebas deben ser entendidos como taxativos o no y con qué consecuencias[164].

Una primera y obvia respuesta a estos problemas no puede ser más que negativa, en el sentido de que pueden formarse pruebas de muchos modos que no están en absoluto regulados por la ley. Basta pensar que los indicios materiales se forman (se crean) de modos no «legales»: la huella de un zapato en el barro o de una rueda sobre el asfalto no se crean ciertamente mediante un procedimiento jurídico, pero tampoco una fotocopiadora o una cámara de vídeo funcionan con modalidades jurídicas, y lo mismo puede decirse de una infinidad de elementos de prueba que se crean con modalidades no reguladas por la ley y que son totalmente irrelevantes para ésta. También el control sobre la aceptabilidad o la autenticidad de estas pruebas se realiza siguiendo modalidades diversas (lógicas, técnicas, científicas) que a menudo son absolutamente extrañas a cualquier regulación jurídica. Naturalmente, estos aspectos de «no legalidad» en los procedimientos de formación de las pruebas no excluyen *a priori* que puedan ser utilizadas en la determinación judicial de los hechos cuando sean relevantes para ello.

Se hace entonces evidente que el área de las pruebas utilizables en juicio no coincide en absoluto con el área de las pruebas cuyo procedimiento de formación/control está regulado por la ley y, mucho menos, con el área de las pruebas destinadas a ser formadas (o controladas) en el proceso. Al contrario, hay un ámbito bastísimo de elementos de prueba que son útiles para la determinación del hecho pero que se forman (y a menudo se controlan) mediante modos no regulados por el derecho en general y aun menos por el derecho procesal.

164. Sobre este problema cf. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, en *Riv. dir. proc.*, 1973, pp. 394 ss.; Cavallone, *Critica della teoria*, cit., pp. 357 ss.; Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 234 s., y recientemente de forma amplia Ricci, *op. cit.*, pp. 39 s.

La forma sensata de plantear el problema de la regulación jurídica de la formación de la prueba no es, pues, la de preguntarse si ésta es la única modalidad posible para crear pruebas: a este respecto la respuesta no puede ser más que negativa. Parece más bien que tiene sentido preguntarse si, cuando la ley prevé y regula procedimientos específicos para la formación de pruebas, esos procedimientos son vinculantes, taxativos y exclusivos.

Dado que es muy frecuente que la ley se ocupe del procedimiento con el que se forma la prueba, conviene establecer qué alcance tienen las normas al respecto y cuál es su relación con el fenómeno de las pruebas que se crean con modalidades «no reguladas».

El análisis puede partir de la constatación de que cuando la ley prevé un procedimiento específico para la formación de una prueba, ésta se crea válidamente sólo a través de las modalidades previstas por la ley[165]. Así, por ejemplo, la declaración testifical es asumida (= se forma) únicamente con las modalidades previstas por los artículos 250-257 cod. proc. civ. it. Por ello, si las modalidades y las condiciones previstas por la ley para la formación de la prueba no se siguen, la prueba no se forma: más exactamente, hay algo (una declaración oral, un documento) que materialmente se crea, pero ese dato material no constituye la prueba para cuya formación está establecido el procedimiento.

Puede suceder que lo que materialmente se ha creado pueda ser utilizable de todos modos con otro título a efectos probatorios si la ley así lo prevé, como en el caso de la denominada conversión del acto público prevista por el artículo 2701 cod. civ. it. Si esto no ocurre, la prueba formada en violación de las normas que regulan su formación es en principio inutilizable por ser nula o, si se prefiere, ilícita[166].

165. Parece decisiva al respecto la observación de Cavallone, *op. ult. cit.*, pp. 351 s., según la cual si no fuera así se reducirían las normas sobre la instrucción probatoria a una serie de sugerencias paternales del legislador. En sentido análogo v., recientemente Ricci, *op. cit.*, pp. 41 ss., así como Montesano, *op. cit.*, *loc. cit.*, y Verde, *op. ult. cit.*, p. 590.

166. Sobre el concepto de ilicitud de la prueba v., ampliamente, Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pp. 34 ss. e Id., *Premesse*, cit., pp. 16, 26 ss. Aquí el concepto de ilicitud de la prueba se usa en uno de sus múltiples significados, esto es, precisamente, para indicar las consecuencias de la violación de las normas que regulan el procedimiento para su formación (al respecto, v. Ricci, *Le prove illecite*, cit., pp. 71 ss.). La noción de ilicitud de la prueba tiene, sin embargo, otras acepciones, que van desde la inadmisibilidad hasta la violación de garantías constitucionales: cf. Ricci, *Premesse*, cit., p. 27, también para referencias bibliográficas adicionales. En la regulación de las pruebas atípicas admitidas por el nuevo código procesal penal italiano (al respecto v. nota 138) resulta esencial la distinción entre prueba atípica, en cuanto no prevista por la ley, y prueba *contra legem*, en cuanto formada en violación de las normas que regulan la admisión y asunción de las pruebas: obviamente, se admiten las primeras, mientras que las segundas no pueden ser consideradas como atípicas a los efectos de hacer irrelevante aquella violación (cf. Nobili, en *Commento al nuovo cod. proc. pen.*, cit., pp. 398 ss.; Siracusano, Dalia, Galati, Tranchina y Zappalà, *op. cit.*, pp. 389 s.). Por otra parte, tampoco en el proceso penal la prueba adquirida en violación de las normas que regulan sus modalidades está sujeta a un régimen unitario, preveyéndose sanciones distintas en supuestos diversos (cf. Nobili, *ivi*, p. 399).

Por otra parte, todo esto no es más que la obvia consecuencia del hecho de que haya una regulación legal del procedimiento de formación de esa específica prueba. En cambio, no es posible deducir de la presencia de esa regulación una absoluta «clausura» del sistema legal de las pruebas, ni que aquélla excluya *a priori* la posibilidad de emplear pruebas formadas de otros modos.

En efecto, debe observarse que la vinculatoriedad de esa regulación legal y, por tanto, la taxatividad de los procedimientos en que ésta consiste no son absolutas sino relativas al contexto de aplicación que le es propio. Por decirlo así, la existencia de procedimientos legales de formación de la prueba excluye que la prueba se forme con modalidades distintas *en ese contexto*, pero no excluye en absoluto que se sigan modalidades diversas en otros contextos y que, a pesar de ello, se obtengan elementos de prueba utilizables en juicio.

Tómese el ejemplo ya mencionado de la prueba testifical. Si se trata de una prueba testifical en sentido estricto, puede formarse únicamente en el proceso y por medio de la aplicación puntual de las normas que regulan su producción. Pero estas normas valen *en el proceso*, no fuera del mismo, de modo que frente a una declaración de contenido testifical ofrecida por un tercero fuera del proceso no se podrá decir que es nula o ilícita porque no se ha realizado según las normas procesales sobre la prueba testifical. Se podrá decir que *no es una prueba testifical* en sentido estricto, pero ciertamente no se podrá decir que es una prueba testifical nula o ilícita: en consecuencia, el problema de su utilización en juicio se plantea y resuelve sobre la base de otras argumentaciones. Una declaración extrajudicial de un tercero será en principio admisible si es relevante para la determinación de los hechos y no puede ser excluida sólo porque no se ha formado según las reglas que regulan la asunción de la prueba testifical en juicio. Un discurso del mismo tipo vale también para el caso en que la declaración extrajudicial provenga de un sujeto que sería incapaz para testificar sobre la base del artículo 246 cod. proc. civ. it.: en ese caso, no se dispone de una prueba testifical en sentido estricto porque el sujeto no puede testi-

ficar en el proceso; pero su declaración extrajudicial no es en sí misma nula ni ilícita, de forma que no puede ser excluida del conjunto de las pruebas utilizables, siempre que sea relevante, sólo porque proviene de un sujeto que no puede testificar en juicio[167]. En efecto, el artículo 246 vale *en el proceso* y como condición de licitud de la prueba testifical en sentido estricto; no vale, en cambio, fuera del proceso y no incide *a priori* en la posibilidad de utilizar la declaración en cuestión.

El supuesto ya señalado por el artículo 2701 confirma, por otra parte, que no siempre la violación del procedimiento previsto para la formación de una prueba supone la imposibilidad de utilizar en el ámbito probatorio el resultado del procedimiento viciado.

Además, existen abundantes supuestos en los que se dispone de pruebas formadas sobre la base de procedimientos extrapocesales, como sucede, por ejemplo, en el caso de la documentación de hechos resultantes de actos o de documentaciones administrativas. Aquí no operan los procedimientos para la formación del acto público ni las condiciones que definen la escritura privada y las escrituras equivalentes a ella (arts. 2702 ss. cod. civ. it.) y tampoco son aplicables los mecanismos procesales de control típicos del acto público y de la escritura privada, como la impugnación de la autenticidad o la verificación. Todo ello no implica, sin embargo, que se trate de pruebas (documentales) no utilizables: el hecho de que se formen según procedimientos distintos de los que se refieren a las pruebas documentales típicas no implica que se trate de pruebas nulas, ilícitas o viciadas, o inadmisibles por otras razones «jurídicas», sino únicamente que no se trata de actos públicos ni de escrituras privadas.

Es necesario, además, observar que hay casos en los que las modalidades procesales para la formación de determinadas pruebas están específicamente reguladas por la ley, pero no son en absoluto taxativas

167. Destaca Ricci, *Premesse*, cit., p. 29, que la prueba testifical asumida en oposición al artículo 246 daría lugar a un medio de prueba prohibido, es decir, a una prueba ilícita. Esto es ciertamente verdad si en el proceso se asume una prueba testifical de un tercero incapaz *ex* artículo 246. Pero es obvio que fuera del proceso ese sujeto es libre de realizar todas las declaraciones que quiera y que en ello no hay nada prohibido ni ilícito. Si una de esas declaraciones, por ejemplo, contenida en un documento se incorpora al juicio, ésta no puede considerarse como una prueba testifical asumida en violación del artículo 246. Ésta no es más que una declaración extrajudicial acerca de determinados hechos, eventualmente relevantes en la causa. En Francia las declaraciones de sujetos que no pueden testificar son usadas normalmente como indicios —aunque debe tenerse presente que en el derecho francés no hay ninguna normas equivalente al artículo 246—: cf. Ghestin y Goubeaux, *Introduction générale*, I, en *Traité de droit civil*, dirigido por J. Ghestin, cit., 1977, p. 531. Sobre las *attestations*, es decir, las declaraciones extrajudiciales con contenido testifical, v. la nota 169.

porque la misma prueba o un resultado probatorio equivalente puede alcanzarse mediante modalidades distintas.

En el ordenamiento italiano puede tomarse como ejemplo la confesión: si ésta es judicial y no espontánea, el procedimiento para llevarla a cabo es el interrogatorio formal. Este procedimiento no es, sin embargo, taxativo excepto en el caso de la confesión «provocada», ya que si la confesión es espontánea no se aplica; además, ninguna regla «procedimental» se refiere al supuesto de la confesión extrajudicial desde la perspectiva de su formación.

Un ejemplo adicional muy relevante de no taxatividad de los procedimientos de formación de las pruebas proviene de los ordenamientos de *common law*. En ellos la regla fundamental es que la prueba testifical se produce en audiencia mediante el mecanismo de la *cross-examination* y la aplicación estricta de las normas al respecto[168]. Un procedimiento típico, por tanto, y además fundado en la convicción de que se trata de uno de los momentos fundamentales del proceso. Sin embargo, desde hace algún tiempo se está asentando en la práctica la admisión del empleo de *affidavit*, es decir, de declaraciones escritas con contenido testifical cuya producción permite evitar las complicaciones y los costes de la asunción de la prueba en audiencia[169]. El método de la *cross-examination* sigue siendo, pues, importante, pero ya no es el único método para incorporar al proceso pruebas consistentes en declaraciones testificales. También aquí hay que destacar que ese método es vinculante en el proceso si se trata de asumir una prueba testifical en juicio: ésta se asume únicamente según ese método, pero éste no es el único procedimiento mediante el que la prueba puede formarse y adquirise.

Estos ejemplos muestran que la regulación procesal de las modalidades de formación y de control de las pruebas constituye una parte muy importante del derecho de las pruebas, pero también que ésta no

168. V. referecias en la nota 163.

169. V. comentarios en Denti y Taruffo, *Simplifying the taking of evidence*, en *Justice and Efficiency. General reports and discussions*, ed. por F. Wedehind, Deventer-Antwerpen-Boston, 1989, pp. 319, 324 s., 327. Un fenómeno análogo se da en Francia con las denominadas *attestations*, explícitamente admitidas por los artículos 200 y ss. del nuevo código de procedimiento civil. Así, la ley ha «tipificado» estas pruebas, fijando sus requisitos (como la holografía y la identificación exacta del autor y de sus eventuales relaciones con las partes) y preveyendo que el juez pueda requerirlas incluso de oficio (cf. Blanc, *Le preuve judiciaire*, Paris, 1974, pp. 54 ss.; Vincent y Guinchard, *Procédure civile*, Paris, [21]1987, pp. 960 s.). Sobre el amplio uso en el proceso comunitario de declaraciones testificales extrajudiciales escritas cf. Biavati, *Accertamento dei fatti e tecniche provatorie nel processo comunitario*, Milano, 1992, pp. 143 ss.

agota todas las posibilidades relativas a los modos de formación de «cosas» utilizables como pruebas en el ámbito del proceso.

Por sí misma, la circunstancia de que una cosa o una declaración se haya producido no en violación sino *fuera* del ámbito de aplicación de las normas relativas a la formación de las pruebas no es razón suficiente para excluir la posibilidad de su utilización a los efectos probatorios, siempre que esa cosa o esa declaración sean relevantes para la determinación del hecho.

Naturalmente, esto no resuelve todos los problemas, pero permite plantear algunos de ellos desde la perspectiva adecuada.

Un problema relevante se refiere a la aplicación de la regla del contradictorio, que obviamente debe ser garantizada también en la formación de la prueba al tratarse de un momento esencial a los efectos de la formulación del juicio sobre los hechos. No cabe plantear ninguna duda sobre este principio, que es además una manifestación muy relevante del derecho constitucional a la defensa[170]. Sin embargo, por otro lado, está también claro que se trata de un principio destinado a funcionar *en el proceso*, es decir, para las pruebas que se forman y controlan en el proceso, mientras que no puede operar para los elementos de conocimiento que se producen fuera del proceso, a menudo mediante modalidades que la ley no regula y no puede regular.

Por otra parte, el hecho de que esos elementos se formen fuera del proceso sin el contradictorio de las partes no puede ser, evidentemente, una razón para excluir su utilización: la huella de una frenada no se forma respetando el principio contradictorio, pero, no obstante, es un indicio relevante; una certificación administrativa no se forma respetando el principio contradictorio, pero puede ofrecer útiles elementos de conocimiento.

El problema del principio contradictorio, en esos casos, se posterga y se plantea únicamente en la fase «procesal» de empleo de las pruebas que se han formado fuera del proceso.

En otros términos, el principio del contradictorio no puede ser una modalidad *necesaria* de formación de la prueba (excepto para las pruebas que se forman en el proceso)[171], pero debe ser implementado cuando las pruebas son controladas (si esto se realiza en el ámbito del proceso) o, al menos, cuando se usan en el proceso para la determinación de los hechos. Esto implica que se ponga en todo caso a las partes en condiciones de influir en la valoración de las pruebas que se realizará por el juez, es decir, de intervenir, discutir y eventualmente deducir otras pruebas, antes de que la decisión sobre el hecho sea formulada[172].

Es preciso observar que argumentando de esta forma no se produce ninguna minusvaloración o reducción indebida de la garantía del principio de contradicción entre las partes en relación con la prueba. Por un lado, no sirve de nada sostener la necesidad absoluta de la contradicción cuando es absolutamente evidente que en muchos casos no puede ser implementada en la formación de la prueba[173]. Por otro lado, en cambio, sí parece oportuno hacer que la contradicción se produzca efectivamente en el proceso *cuando ello es posible*: para las pruebas que se forman fuera del proceso y que, por tanto, se forman habitualmente sin la contradicción entre las partes; la cuestión no es, entonces, prescribir una contradicción extraprocesal imposible, sino asegurar que esté presente *en el proceso*, cuando las pruebas se empleen efectivamente en él, es decir, antes de su valoración. Al respecto, el verdadero problema no es si la contradicción que se implementa después de la formación (extraprocesal) de la prueba es o no adecuada en abstracto para satisfacer las exigencias de defensa de las partes. *Esa* contradicción podría, en realidad, considerarse adecuada a esos efectos, al menos en los casos en los que es la única concretamente posible, *si lo es*. El verdadero problema es, en cambio, que aquella contradicción habitualmente no se lleva a cabo, por insuficiencia radical de las normas al respecto[174] y, además, por la total indiferencia demostrada por la prác-

170. Sobre la necesaria aplicación de la regla del contradictorio en la formación de la prueba v., en general, Tarzia, *Problemi del contraddittorio*, cit., pp. 634 ss., 639 ss.; Ricci, *Premesse*, cit., pp. 30 ss.; Denti, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, en Id., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, pp. 307 ss.; Taruffo, *Il diritto a la prova*, cit., pp. 98 ss.; Id., *Prove atipiche*, cit., pp. 428 ss. V. también, *infra*, apartado 4.2.

171. En sentido distinto, Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 641 ss., que parece sostener que sólo son utilizables los elementos de prueba que, aunque se hayan producido fuera del proceso, se hayan formado respetando la contradición de las partes. Sin embargo, si se lleva a sus últimas consecuencias, esta tesis es evidentemente insostenible porque existen medios de prueba incluso típicos, como muchos documentos o, en general, las fuentes de las presunciones, que se forman sin la contradicción entre las partes. Si la regla del contradictorio en la formación extrajudicial de la prueba no es siempre válida siquiera para las pruebas que normalmente se consideran admisibles, no se entiende por qué debe valer como condición absoluta de admisibilidad de las pruebas atípicas.

172. Cf., más ampliamente, Taruffo, *Il diritto alla prova*, cit., pp. 101 ss.; Ferri, *Contradditorio e poteri decisori del giudice*, en *Studi Urbinati*, 1980-1981, 1984, pp. 101 ss. (de la separata); Comoglio, *Contraddittorio*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, IV, Torino, 1989, pp. 26 s.

173. V., *supra*, nota 171.

174. Esta insuficiencia caracterizaba al artículo 183.2 cod. proc. civ. it. (sobre el que pueden verse referencias bibliográficas en la nota 172), pero no ha disminuido después de la reforma de 1990, que no advirtió el problema y no ha introducido ningún cambio al respecto (v., *infra*, nota 236).

tica[175]. En consecuencia, si bien son seguramente ilícitas las pruebas formadas en el proceso en violación de las normas que *en esa fase* aseguran la contradicción, no son en absoluto ilícitas e inadmisibles las pruebas que se forman sin contradicción fuera del proceso: por tanto, éstas podrán ser usadas en el juicio (tanto si son típicas como atípicas) con tal de que se asegure la contradicción entre las partes desde el punto de vista de su empleo a los efectos de la decisión sobre el hecho.

Un discurso análogo es válido para otro problema, derivado del hecho de que en muchos aspectos la regulación procedimental de la formación de la prueba está destinada a implementar modalidades de control sobre la aceptabilidad de la prueba: es el caso, por ejemplo, de algunas reglas sobre las producción de la prueba testifical[176] o de la función de «atribución de fe pública» que se confiere únicamente a algunos sujetos particularmente cualificados. Es evidente que estas modalidades de control pueden sólo implementarse en su contexto de aplicación (el proceso, el procedimiento de formación del acto público), mientras que obviamente no se llevan a cabo si una prueba, quizás de un modo «parecido», se crea fuera del proceso. Se podrá decir, entonces, que esta prueba no está asistida por el control de aceptabilidad implícito en los procedimientos de formación que le han sido aplicados, pero ésta no es razón para excluir *a priori* su utilizabilidad. La falta de controles procedimentales de aceptabilidad tiene, más bien, una consecuencia distinta, en términos de aceptabilidad y no de admisibilidad, que está destinada a incidir sobre la *valoración* de la prueba en el momento de la decisión.

Es correcto sostener, por ejemplo, que una declaración testifical extrajudicial es «menos segura» que la prueba testifical asumida en juicio, dado que no se ha sometido a los controles de aceptabilidad implícitos en las modalidades de asunción judicial de prueba testifical, pero la única consecuencia razonable de ello es que aquella declaración deberá ser valorada con mayor cautela precisamente porque no ha sido controlada durante su formación. Del mismo modo, si esa declaración proviene de un tercero «interesado» en el sentido del artículo 246, su aceptabilidad deberá ser valorada teniendo en cuenta la posibilidad de que el interés incida en la veracidad de la declaración[177].

175. Cf., en particular, Ferri, *op. cit.*, *loc. cit.*

176. V., *supra*, nota 163.

177. Obsérvese que en todos los ordenamientos, menos en el italiano, el interés del testigo en la causa, incluso cuando se trata de una prueba testifical en sentido estricto asumida en juicio, es razón de una eventual aceptabilidad de la prueba, que en cualquier caso deberá valorar el juez en el momento de la decisión: cf. algunos comentarios en

En otros términos, es verdad que la formación de una prueba sin las modalidades legales de control crea problemas de aceptabilidad de la prueba, pero estos se plantean, y se resuelven, precisamente en el momento en el que la aceptabilidad de la prueba se establece a los efectos de la decisión sobre el hecho.

Obviamente, esto no significa que la valoración sobre la aceptabilidad de la prueba no pueda estar precedida y asistida por controles adecuados sobre la autenticidad y credibilidad de la misma. En efecto, están excluidos los controles «típicos» que la ley prevé específicamente para determinadas pruebas (por ejemplo, la impugnación de la autenticidad para el acto público), pero no están en absoluto excluidos otros controles, si resultan necesarios. Así, se podrá demostrar que un documento atípico es falso o ha sido manipulado o que un indicio material ha sido predispuesto *ad hoc* o bien que una declaración extrajudicial no es creible, empleando todos los elementos de conocimiento o de convicción oportunos. Como es evidente, la inaplicabilidad de algunos controles específicos no significa la total imposibilidad de controles sobre la aceptabilidad de la prueba.

2.3. *Prueba legal y libre valoración.*–La eficacia de la prueba constituye desde hace siglos, al menos en los ordenamientos de *civil law*, el ámbito privilegiado de regulación jurídica de la prueba. En consecuencia, constituye también un ámbito en el que son particularmente relevantes, pero también complejas y variables, las relaciones entre el área del fenómeno probatorio dominada por las reglas de la regulación legal de la prueba y el área no regulada jurídicamente y, por tanto, dejada exclusivamente a la aplicación de los principios comunes de racionalidad.

El problema es muy simple en sus términos teóricos: la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón[178].

Taruffo, *Prova testimoniale*, cit., pp. 736, 756. Lo mismo vale en Francia para las *attestations* extrajudiciales (al respecto v. la nota 169).

178. En términos generales, y para referencias bibliográficas adicionales, v., entre lo más reciente, Taruffo, *Libero convincimento del giudice. 1) Diritto processuale civile*, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990. Cf. además Nobili, *Il principio del libero*

En cambio, es especialmente desde el punto de vista histórico y, en parte, también desde la perspectiva del derecho positivo vigente, donde el problema de las relaciones entre los dos sistemas presenta particulares complejidades. No es posible discutir aquí esas relaciones de forma exhaustiva. Sin embargo, vale la pena mencionar algunos aspectos que resultan especialmente relevantes a los efectos de comprender mejor el papel que juega la regulación jurídica de la eficacia de la prueba dentro de la problemática general del fenómeno probatorio.

La construcción del sistema de la prueba legal está ya bien presente en el siglo XIII[179], pero prosigue, afina y complica durante toda la época del derecho común[180]: se llega así a un sistema rígido, formalista y a veces extraordinariamente complejo que merece muchas de las críticas que se le han dirigido, generalmente respecto de sus degeneraciones más evidentes[181]. Es conocido, por otra parte, que este sistema ha tenido también valoraciones decididamente positivas, tendentes a poner en evidencia que se trataba de un método para racionalizar la valoración de la prueba y, más en general, el juicio de hecho, reduciendo tendencialmente a cero el peligro ínsito en la arbitrariedad subjetiva del juez y eliminando, por otra parte, las «pruebas irracionales» basadas en el principio del «juicio de Dios»[182].

Esta segunda perspectiva es importante no sólo porque lleva a abandonar o, al menos, a poner en duda las tradicionales valoraciones negativas sobre el fenómeno histórico de la prueba legal, sino también

convincimento del giudice, Milano, 1974, y Walter, *Freie Beweiswürdigung*, cit. [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, cit.]. V., finalmente, entre la doctrina menos reciente, Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, pp. 148 ss. [tr. cast., *Teoría de la prueba legal*, a cargo de S. González Collado, Madrid, 1954, pp. 162 ss.].

179. Cf. Lévy, *Les classifications des preueves*, cit., p. 35; Id., *Le problème de la preuve*, cit., pp. 149 ss.

180. La línea fundamental de ese desarrollo parece ser el de la progresiva complicación analítica: de una clasificación más bien elemental de los medios de prueba se pasa progresivamente, por obra sobre todo de los tratadistas del siglo XVI y del XVII, a catálogos extensísimos, en los que se intenta prever cualquier caso posible y fijar su valor de prueba respectivo. Sobre los aspectos generales de esta evolución, cf. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, en *Storia del diritto italiano*, dirigida por Del Giudice, vol. III, parte II, Milano, 1927, pp. 413 ss., 460 ss., 468 ss., 474; Gilissen, *La preuve en Europe du XVIe au debut du XIXe siècle. Rapport de synthèse*, en *La preuve*, cit., vol. XVII, p. 767; Villers, *Les preuves dans l'ancien droit français du XVIe au XVIIIe siècles*, *ivi*, pp. 345 ss.

181. Cf., en especial, Nobili, *op. cit.*, pp. 122 ss.; Cappelletti, *Principi fondamentali*, cit., pp. 56 ss. [tr. cast., *El proceso civil*, cit., pp. 124 ss.]; Cordero, *op. cit.*, pp. 561 ss.

182. Cf. Denti, *L'evolutione del diritto delle prove*, cit., p. 80; Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 52 ss. [tr. cast., cit., pp. 91 ss.]; Lévy, *L'évolution*, cit., p. 37; Gilissen, *op. cit.*, p. 760; Taruffo, *Libero convincimento*, cit.; Salvioli, *op. cit.*, pp. 423 ss.

porque induce a poner en evidencia un factor que a menudo se olvida en el análisis del problema. Ese factor está constituido por el hecho de que, al contrario de lo que se piensa generalmente, la prueba legal del derecho común es más el fruto de la elaboración doctrinal realizada por los juristas del *droit savant* medieval y renacentista que objeto de regulación[183].

Es verdad que la *opinio doctorum* se considera fuente del derecho, pero resulta en todo caso significativo que no sea la ley sino la cultura jurídica la fuente primaria y esencial del fenómeno de la prueba legal. En resumen, el sistema de la prueba legal es esencialmente el producto típico y casi exclusivo de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizante, amante de las sutilezas y de las complicaciones clasificatorias[184]; únicamente como reflejo, y en mucha menor medida, es un fenómeno legislativo. Desde este punto de vista, el aspecto más relevante del sistema de la prueba legal no son las normas que predeterminan la valoración de la prueba; lo que resulta más importante es que se trata de una forma de articular y sistematizar los criterios que se presentan como «criterios racionales» de valoración de la prueba. Más que una racionalidad de tipo funcional[185], en el sistema de la prueba legal se expresa una racionalidad metodológica sustancialmente coherente con las formas de la racionalidad general de las épocas caracterizadas por ese fenómeno. Los juristas se enfrentan al problema de elaborar criterios para la valoración de las pruebas y lo hacen empleando poco a poco los instrumentos culturales generales de los que disponen: primero la lógica aristotélico-tomista y después las técnicas de la combinatoria y del análisis clasificatorio[186]. Dicho de otro modo, es la racio-

183. No es casualidad que Salvioli hable, a este respecto, de un trabajo de la doctrina «al que tácitamente se remitían las leyes» (*op. cit.*, p. 408); en el mismo sentido, Lévy, *op. ult. cit.*, pp. 37 ss.

184. Esto es verdad en especial en la época de los orígenes del fenómeno, ya que el *droit savant* medieval era dominado por el espíritu clasificatorio de la escolástica: cf. Lévy, *op. ult. cit.*, p. 58.

185. La racionalidad funcional del sistema de la prueba legal consiste principalmente en la exclusión de la arbitrariedad subjetiva de un juez que era objeto de un amplio y difundido fenómeno de desconfianza social: v., en particular, Denti, *op.* y *loc. ult. cit.*; Salvioli, *op. cit.*, pp. 468 ss. Sobre las vinculaciones entre la prueba legal y la forma escrita y mediada del proceso v., en especial, Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 49 ss. [tr. cast., cit., pp. 89 ss.].

186. Habitualmente no se da mucha importancia a la periodización del fenómeno de la prueba legal, en relación con las formas de racionalidad prevalecientes en la cultura del período histórico correspondiente, y se destaca únicamente que la prueba legal es un fruto de la cultura de la escolástica (v. nota 184). Sin embargo, es necesario señalar que esto sólo es así en una primera fase (que va *grosso modo* del siglo XIII al XV) en la que, además,

nalidad de la época, más que la *voluntas legis* o *principis*, la que se representa en la prueba legal.

Los términos del problema cambian, por diversas razones, con la codificación. Por un lado, la cultura iluminista pone en crisis los modelos de racionalidad que habían condicionado a los juristas desde el medioevo hasta el siglo XVIII[187]. Por otro lado, el surgimiento y más tarde la prevalencia del principio de la libre convicción del juez rompen el sistema de la prueba legal, resquebrajan su omnicomprensividad y hacen de la prueba legal un fenómeno limitado y tendencialmente (aunque no efectivamente) marginal[188]. Pero las codificaciones producen también un cambio relevante en la naturaleza de la prueba legal: ésta deja de ser un fenómeno doctrinal y cultural y se convierte en un

la teoría de la prueba legal no había adquirido todavía un grado de elaboración particularmente sofisticado. El máximo desarrollo de esta teoría tuvo lugar, en cambio, especialmente en los siglos XVI y XVII, produciendo complejidades impresionantes, sobre todo en algunos sectores, como el de la teoría de los indicios (cf. Salvioli, *op. cit.*, p. 474; Gilissen, *op. cit.*, p. 767; Cordero, *op. cit.*, pp. 566 s., 569 ss.). Pero en esa época ya no era el aristotelismo tomístico el que ofrecía los instrumentos de análisis: más bien era la racionalidad humanista que invadía la obra de los juristas, especialmente de aquellos que pertenecían a la escuela culta o estaban bajo su influencia, y empujaba a abandonar los viejos métodos. Se elaboraron nuevos modelos lógicos inspirándose en Pierre de la Ramée o, en general, en los ideales del conocimiento científico y en los instrumentos matemáticos típicos de éste. Respecto de estos relevantes aspectos de la influencia de la cultura humanista en la metodología jurídica son esenciales los trabajos de Piano Mortari, en particular *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1980, pp. 320 ss., 333, 385, 397; *Il diritto positivo in Francia nell'epoca del mos gallicus*, en Id., *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, p. 9; *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale nel sec. XVI*, *ivi*, pp. 135 ss., 139, 207 ss., 212, 227, 252 ss.; *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di Fancesco Commano*, *ivi*, pp. 305 ss.; *Studia humanitatis e scientia juris in Guglielmo Budeo*, *ivi*, pp. 340 s.; *Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duareno*, *ivi*, pp. 367 ss.; *L'ordo juris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, en *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, 1991, pp. 277 ss. Sobre la presencia simultánea de aristotelismo y humanismo en la cultura jurídica italiana del siglo XV al XVII cf. Id., *Gli inizi*, cit., pp. 182 ss.

187. Cf. Nobili, *op. cit.*, pp. 122 ss.; Walter, *op. ult. cit.*, pp. 61 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 75 ss.]; Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 57 ss. [tr. cast., cit., pp. 127 ss.]. Las teorías iusnaturalistas ya habían puesto en crisis los esquemas tradicionales, sometiendo el análisis de las pruebas a criterios de verificación racionales que pretendían establecer el valor relativo de los distintos medios de prueba y empleando la idea de probabilidad en lugar de la de certeza. Al respecto, cf. Foriers, *La conception de la preuve dans l'école de droit naturel*, en *La preuve*, cit., XVII, pp. 169 ss. Pueden verse algunas menciones al respecto también en Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, pp. 4 ss., 9 s., 14 s., 21.

188. V. las referencias bibliográficas de la nota precedente y también Gilissen, *op. cit.*, pp. 827 ss.

fenómeno normativo. Las «reglas de prueba legal» ya no son reglas racionales formuladas por los juristas: son exclusivamente reglas legales fijadas por el legislador. En el paso del derecho común a las codificaciones, el sistema de la prueba legal se simplifica y se reduce, dejando de ser un «sistema» para referirse únicamente a algunos medios de prueba, mientras que el principio general es el de la libre convicción: pero a la vez las reglas de prueba legal se convierten en «legales», en la medida en que son incorporadas a leyes escritas.

En el ámbito de este paso de la prueba legal de la cultura de los juristas a las normas positivas se produce otra importante transformación.

En el derecho común el sistema de la prueba legal acababa —al menos en las versiones más sofisticadas y evolucionadas— en un método de cálculo: a cada tipo de prueba específico (y la tipología era a veces muy detallada y diferenciada) se atribuía un valor cuantitativo predeterminado, habitualmente expresado en fracciones o en relaciones equivalentes a fracciones[189]. Después, frente a las pruebas recogidas en el caso concreto, correspondía al juez efectuar el cálculo, que asumía la forma de una suma fraccionaria algebraica, debiendo tomar en consideración las pruebas positivas y las negativas respecto de la hipótesis sobre el hecho. Ese cálculo estaba, precisamente, basado en factores cuya cuantificación estaba predeterminada en abstracto, pero producía un resultado en alguna medida aproximado a la situación procesal que se verificaba en el caso concreto: al menos, sus factores eran determinados por las pruebas que se habían adquirido en el concreto proceso. Su número y su naturaleza resultan determinantes a los efectos del resultado. Se eliminaba así la discrecionalidad subjetiva del juez en la atribución del valor de cada elemento de prueba concreto[190], pero la estructura del cálculo se correspondía con la estructura de la situación probatoria específica, a partir de la cual se intentaba derivar resultados «objetivos» sobre el hecho.

189. Cf. Salvioli, *op. cit.*, pp. 432 ss. (en relación a la prueba testifical), 460 ss. (en referencia a los indicios), 474. En la cuantificación analítica de las pruebas y en el hecho de pensar en el respectivo juicio según el esquema del cálculo aritmético se muestra una de las tendencias principales de la cultura jurídica del siglo XVI y del XVII, influenciada por la cultura renacentista, por sus modelos de racionalidad matemática y por el ideal de la «proporción»: cf. Piano Mortari, *Gli inizi*, cit., p. 396; Id., *Dialettica e giurisprudenza*, cit., p. 247.

190. Las reglas de prueba legal eran, además, formas de racionalización de la convicción del juez: especialmente cuando eran únicamente de fuente doctrinal, como sucedía a menudo, pretendían imponerse como esquemas racionales dirigidos a facilitar la valoración de las pruebas y no como normas vinculantes (cf. Salvioli, *op. cit.*, pp. 471).

Este aspecto se debilita con la prueba legal «codificada». Ésta ya no conoce distinciones analíticas y complicadas entre tipos y subtipos ni conoce tampoco las graduaciones o fracciones de valor mediante las que los juristas del derecho común trataban de racionalizar la diversidad de los casos concretos. La prueba legal de los códigos se basa en una técnica mucho más simple, pero por ello mismo mucho más rígida y formalista: consiste en afirmar que ese tipo de prueba produce resultados vinculantes e incontestables. Por decirlo así, ya no se razona por fracciones y no por enteros, de una forma que elimina, no obstante, el cálculo y con él cualquier aproximación, aunque sea tendencial, a la situación probatoria del caso concreto. La prueba legal de los códigos no produce una fracción más o menos grande de verdad, a sumar o restar con otras fracciones en función de las pruebas recogidas: produce siempre la verdad «total» y «completa» del hecho. Esta «verdad» total es completa porque para establecerla no son necesarios otros elementos de prueba. En cierto sentido es destructiva, porque reduce a cero el valor de los posibles elementos de prueba en sentido contrario, y lo mismo sucede si existen otros elementos de prueba convergentes. En consecuencia, el juez ya no efectúa cálculo alguno: se limita a «tomar nota» del hecho de que existe una prueba legal y que, por tanto, el juicio sobre el hecho está por esto mismo determinado.

Esta prueba legal desarrolla al máximo su función simplificadora porque, esencialmente, elimina el problema del juicio sobre los hechos; en cambio, la prueba legal del derecho común no lo eliminaba, sino que reducía los márgenes de variabilidad subjetiva. La primera, en compensación, no se presenta como una racionalización del sistema de las pruebas, sino como una formalización vinculante de la eficacia de cada prueba. Poco importa, desde esta perspectiva, si dicha formalización deriva o no de generalizaciones de supuestas máximas de experiencia[191]; lo que cuenta es que ésta produce pruebas que deciden

191. Esto sucede a veces, como en el caso de la confesión: se sostiene, en efecto, que la eficacia de prueba legal de la confesión está basada en la regla de experiencia según la cual sólo se admite un hecho desfavorable si es verdadero. Pero, como ya se ha mencionado anteriormente en el apartado 2, precisamente el paso de la máxima de experiencia, aproximada y flexible, a la regla jurídica, precisa y rígida, supone el abandono por parte del mecanismo probatorio del intento de captar la realidad variable de las situaciones concretas y la adopción de técnicas puramente formales. Ese abandono estaba ya claro, por ejemplo, para Samuel Cocceij, que en su *Novum Systema* de 1740 señalaba como *naturali ratione* que el juramento no produzca certeza alguna, mientras que su eficacia de prueba legal se se fundaba en la voluntad de las partes, es decir, en un elemento que no es «racional» (v. el § 684 de la obra, reproducido en Nörr, *op. cit.*, p. 14, nota 46). Sobre la reconducción de las reglas de prueba legal al *id quod plerumque accidit* cf., en cambio, Furno, *op. cit.*, pp. 24, 154, 159 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 28 s., 169 s., 174 s.].

automáticamente la litis sin relación alguna con la situación probatoria global que se produce en el caso concreto.

Resulta entonces claro que *esta* prueba legal no es «racional» en el sentido en que lo era la del derecho común; si es racional, lo es en la medida en que elimina el problema del juicio sometiéndolo a criterios normativamente predeterminados para producir una verdad absoluta. Una racionalidad «funcional», por tanto, desvinculada de todo contexto cultural históricamente reconocible.

Del mismo modo que la prueba legal cambia de estructura y de significado en momentos distintos de su historia, también el ámbito que le es complementario, constituido por la discrecionalidad del juez en el empleo de las pruebas, asume dimensiones y naturaleza distintas en momentos diversos.

En el derecho medieval, y en el propio período en que se forma y se consolida el fenómeno de la prueba legal, tiene mucha importancia el problema de si el juez puede decidir *secundum conscientiam*[192]. No se trata, sin embargo, de la cuestión que en términos modernos se llamaría de la libre convicción del juez, sino de lo que llamaríamos «ciencia privada» del juez: en efecto, el principio opuesto es el que vincula al juez a decidir únicamente *secundum alligata et probata*. Así pues, lo que está en juego no son metodologías contrapuestas de valoración de la prueba, sino la alternativa entre la discrecionalidad incontrolada del juez en la determinación del hecho y la aplicación del principio dispositivo como regla fundamental del proceso «de partes» y como vínculo del juez a decidir sólo sobre la base de lo que las partes han alegado y probado[193].

Excluida o reducida al mínimo la potestad del juez de *supplere in facto* por medio de su *conscientia*, parece perfilarse para el juez un sistema que equivale a una jaula vinculante: por un lado el vínculo a los *alligata et probata* y, por el otro, el vínculo a las reglas de prueba legal que guían detalladamente la determinación del valor de cada medio de prueba.

No obstante, incluso cuando ese sistema alcanza su grado máximo de intensidad y de detalle la discrecionalidad del juez no queda nunca absolutamente eliminada. Por un lado, en efecto, los sistemas de prueba legal no son nunca «completos» y sin lagunas: a menudo su elaboración es débil y no totalmente coherente, o bien existen opiniones

192. Sobre este punto cf. Nörr, *Zum Stellung des Richters im gelehten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, pp. 13 ss.
193. Cf. Nörr, *op. ult. cit.*, pp. 11 ss., 102 ss.

opuestas respecto del valor que debe atribuirse al mismo medio de prueba[194]. Incluso las elaboraciones más detalladas, como las que pueden encontrarse en los tratados del siglo XVII *de indiciis et praesumptionibus*, no alcanzan nunca plenamente el objetivo de catalogar y cristalizar completamente la extrema variedad de los casos concretos. Por otra parte, no faltan supuestos en los que el *arbitrium judicis* en materia de pruebas está expresamente salvaguardado[195].

Hay que tener, además, en cuenta el carácter del sistema de precodificación de las pruebas legales que ya ha sido advertido anteriormente. El grado relativamente bajo de determinación normativa de este sistema hace que no sea especialmente estricto el vínculo «legal» sobre el juez. En cambio, la naturaleza prevalecientemente doctrinal de las reglas de prueba legal abre al juez, al menos, la posibilidad teórica de desvincularse o de hacerse con un espacio de juicio autónomo en los casos de contradicción o en las lagunas de la doctrina. Es verdad que ésta es muy influyente, pero también lo es que no es constante, coherente y completa[196]: produce muchas reglas, pero cuando éstas son excesivas o demasiado detalladas se abren, paradójicamente, para el juez espacios de libertad.

Es verdad, pues, que el paso del sistema de la prueba legal al de la libre convicción del juez es mucho menos brusco de cuanto se cree habitualmente[197]. Esto vale, en particular, en el ámbito del proceso civil: en efecto, mientras que en el proceso penal este paso marca la desaparición casi completa de las pruebas legales y la correspondiente afirmación casi completa del principio de la libre convicción[198], en el proceso civil partes importantes del sistema de la prueba legal permanecen en las codificaciones del siglo XIX y de éstas pasan a las codificaciones actuales. Por otra parte, la estructura marcadamente dispositiva del proceso civil de la época liberal evita las versiones inquisitivas y autoritarias que se tienen de la libre convicción del juez en el ámbito del proceso penal[199].

Es verdad también, pues, que se trata esencialmente del paso de una forma de racionalidad a otra distinta[200]. La primera está marca-

194. Sobre estos aspectos cf. Salvioli, *op. cit.*, p. 470; Villers, *op. cit.*, pp. 346 s.
195. Cf., en particular, Nobili, *op. cit.*, pp. 113 ss., así como Salvioli, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*
196. Sobre estos aspectos de la doctrina de la prueba legal v., por ejemplo, Salvioli, *op. cit.*, pp. 432 ss., 442.
197. Cf. Nobili, *op. cit.*, p. 113.
198. Cf. al respecto el amplio análisis de Nobili, *op. cit.*, pp. 145 ss., 180 ss.
199. Sobre este aspecto v., en particular, Nobili, *op. cit.*, pp. 221 ss.
200. Cf. Nobili, *op. cit.*, p. 112.

da por la escolástica en un primer momento, después por el logicismo de los humanistas y, finalmente, por el delirio clasificatorio típico de la cultura barroca: por tanto, es una racionalidad analítica ligada a las jerarquías conceptuales y a las distinciones formalistas. La segunda es la racionalidad moderna, libre de vínculos formales, basada en la lógica de la probabilidad, inspirada en criterios científicos y en el sentido común, flexible y adaptable a las exigencias de la verdad empírica.

La forma en que se produce ese paso requiere, no obstante, alguna observación, dado que tiene una amplia influencia sobre la situación actual del fenómeno probatorio en muchos ordenamientos procesales.

La observación principal es que en el proceso civil ese paso en parte no se ha producido y en la parte restante ha acabado teniendo, en realidad, un significado distinto del de la transición de formas superadas a formas modernas de racionalidad.

La parte en que el paso no se ha producido está referida a la supervivencia de importantes supuestos, por número e relevancia, de pruebas legales en los códigos del siglo XIX y también en los actuales. Se trata de un fenómeno que conoce diferencias relevantes en los distintos ordenamientos europeos, pero que en muchos de ellos es extremadamente significativo: algunas veces, como sucede por ejemplo en Italia, el elenco de las pruebas legales es aún muy largo, aunque se proclame en abstracto el principio de la libre convicción[201]. Otras veces ese elenco es mucho más breve, pero se trata igualmente de supuestos importantes, que se refieren habitualmente a documentos de distintas maneras privilegiados[202]. Como ya se ha mencionado anteriormente, el fenómeno codificador de la prueba legal marca un cam-

201. Cf. el artículo 116.1 cod. proc. civ. it., pero también las reglas de prueba legal previstas en los artículos 2700, 2702, 2709, 2712, 2733, 2734, 2735, 2738 cod. civ. it. Es análoga la situación en Francia, donde el *code civil* contiene una larga serie de reglas de prueba legal, referidas principalmente a los distintos tipos de documentos (al respecto, cf. Ghestin y Goubeaux, *op. cit.*, pp. 443 ss., 490, 496, 508 ss., 535, 541; Teske, *Der Urkundenbeweis im frazösischen und deutschen Zivil- und Zivilprozessrecht*, Göttingen, 1990, pp. 18 ss., 30 ss.). Sobre la situación del proceso español, en gran medida análoga, v. Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, Barcelona, [4]1990, I, pp. 541 s.
202. Es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde el paso de la prueba legal a la libre convicción (cf. Walter, *op. ult. cit.*, pp. 78 ss., 81 ss. —tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 79 ss., 88 ss.—) ha llevado a una más extendida aplicación del principio en todos los tipos de proceso (cf. también Walter, *op. ult. cit.*, pp. 86 ss. —tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 93 ss.—, y Musielak y Stadler, *Grudfragen des Beweisrechts*, München, 1984, pp. 63 ss., 82). Sobre la eficacia de las pruebas documentales en el proceso civil alemán v., entre lo más reciente, también para referencias bibliográficas adicionales, Teske, *op. cit.*, pp. 122 ss., 126 ss., 129 ss.

bio «de método» respecto del derecho común, pero únicamente en el sentido de que se refuerza el rigor y el formalismo de los mecanismos de prueba legal.

En la parte restante, es decir, en aquella que —por decirlo así— se entrega al dominio de la libre convicción del juez, es dudoso que se produzca verdaderamente el paso de las viejas formas de racionalidad a otras formas nuevas. Es verdad que las viejas son abandonadas, porque lo son también las clasificaciones en grados y valores que caracterizaban la prueba del derecho común, en particular con referencia a la prueba testifical y a los indicios. Lo que se produce es, en cambio, el paso de una racionalidad «positiva», caracterizada por la existencia de reglas para la valoración de las pruebas, a una racionalidad «negativa», en la medida en que está caracterizada por la falta de reglas sobre la valoración de las pruebas.

En efecto, cuando cae (en los límites en que lo hace) el sistema de la prueba legal, éste no se sustituye por una nueva racionalidad, sino por el vacío. Es una constatación común que el principio de la libre convicción del juez tiene siempre un significado esencialmente negativo, en el sentido de que indica el área del fenómeno probatorio no cubierta por reglas de prueba legal[203]. No hay una nueva racionalidad, entendida como cuerpo orgánico de principios racionales generalmente aceptados, que venga a llenar el espacio que deja libre la caída de la racionalidad medieval y del siglo XVIII, y este fenómeno negativo es particularmente evidente en la materia de las pruebas civiles. No se da, pues, un paso desde un conjunto de criterios racionales a otro conjunto distinto de criterios racionales de valoración de la prueba porque este último simplemente no existe y no es elaborado.

El ámbito de la libre convicción resulta, entonces, un espacio en el que circulan fórmulas difundidas, pero de significado cuanto menos incierto: algunas reminiscencias iusnaturalistas o iluministas inducen a algunos a evocar la probabilidad y la inducción, pero de forma absolutamente genérica[204]; más a menudo se habla de «prueba moral», de

203. Cf., por ejemplo, Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, en *Riv. dir. proc.*, 1985, pp. 481 ss.; Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 256.

204. Cf., por ejemplo, Pescatore, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, pp. 187 ss., 195 ss., 253 ss.; Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, [3]1914, vol. I, p. 7; Gennari, *Teoria delle prove nel processo civile austriaco*, Pavia, 1853, p. 11; Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, [5]1902, vol. II, p. 268 [tr. cast., *Tratado de derecho judicial civil*, vol. II, a cargo de E. Ovejero, M. López-Rey, J. Garrido y C. Bernaldo de Quirós, Madrid, 1930-1936, p. 298]. V. al respecto, más recientemente, Besso Marcheis, *op. cit.*, pp. 1126 s.

«certeza moral»[205], de «prudente apreciación», «íntima convicción» o de otras nociones análogas que, no obstante, no remiten nunca a criterios racionales identificables de valoración[206]. La realidad es que estas fórmulas sirven para cubrir la carencia de criterios racionales claros y ampliamente compartidos para la valoración de las pruebas[207].

Este «vacío de racionalidad» presenta aspectos que se prestan a valoraciones positivas y negativas.

En sentido positivo, puede pensarse que la carencia de un sistema racional consolidado y estable es adecuado para dejar espacio a la evolución de los criterios de valoración de las pruebas, en correspondencia con las distintas situaciones culturales que se producen en lugares y momentos históricos diversos. Los dogmas de una racionalidad necesaria y vinculante para todos parecen sumergirse en una crisis irreversible, de forma que debe razonarse en términos de concepciones diversas y variables de la racionalidad. Así pues, el «vacío» puede resultar positivo porque en cada caso se llena con contenidos adecuados al contexto cultural y social específico, es decir, con criterios de valoración de las pruebas correspondientes a la ética y al sentido de racionalidad del ambiente en el que tiene lugar el proceso[208]. El aspecto negativo del «vacío» se presenta al no ser en absoluto seguro que éste se llene de contenidos racionales adecuados, aunque sean relativos y variables. La experiencia difundida en distintos ordenamientos, y en particular en el italiano, muestra, en cambio, que a menudo el «vacío» permanece vacío porque faltan criterios racionales de valoración de las pruebas. Algunas veces se extraen elementos para la construcción de

205. Cf., por ejemplo, Mattirolo, *op. cit.*, II, pp. 269 ss. [tr. cast., cit., pp. 299 ss.]; Pescatore, *La logica del diritto*, cit., pp. 85, 92 s., 174 ss.; Coniglio, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, s.f., p. 172.

206. No carece de importancia el hecho de que en la obra clásica de la doctrina italiana en materia de pruebas (aunque sea escasamente usada), esto es, *La prova civile* de Carnelutti, sólo aparezca alguna mención a la libre convicción, a los efectos de definir *a contrario* la prueba legal, y no se diga nada acerca de los criterios de valoración «libre» de las pruebas (v., *ivi*, pp. 27, 62 —tr. cast., pp. 18 s., 52 s.—). Carnelutti mantiene esta línea en todas sus reflexiones sobre las pruebas hasta llegar a sus últimas y sintéticas consideraciones sobre el tema en *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 136 [tr. cast., *Derecho procesal civil y penal*, vol. I: *Derecho y* proceso, a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, pp. 154 s.].

207. Esa carencia se pone de manifiesto, y es incluso una consecuencia directa de ella, en las distintas orientaciones escépticas acerca de la posibilidad de que en el proceso se alcance una determinación verdadera de los hechos, que precisamente presupondría el uso de criterios racionales en la valoración de las pruebas. Sobre estas orientaciones v., *supra*, capítulo I, 2.

208. En particular, se subrayan estas exigencias en Denti, *Scientificità della prova*, cit., pp. 415, 433 ss. V. también Tribe, *Trial by Mathematics*, cit., p. 1329.

esos criterios a partir de la ideología general dominante[209] o de alguna concepción general de la racionalidad[210]; más a menudo, no obstante, la libre convicción del juez permanece libre incluso de cualquier regla racional. La libertad de convicción resulta entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada, y la falta de criterios racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho. En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidad, lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en un espacio ideal en el que el único criterio de juicio es la falta de criterios.

La consecuencia de la intersección de estas distintas y a veces contradictorias líneas de tendencia se encuentra en términos bastante claros en la regulación de las pruebas civiles en los ordenamientos modernos de *civil law*.

La afirmación del principio de la libre convicción se ha convertido ya en una cláusula de estilo en todas las legislaciones procesales y, es más, ese principio se considera comúnmente como «fundamental» o «general». Pero si se dejan a un lado las valoraciones exageradas injustificadas se descubre fácilmente que dicho principio sufre frecuentemente excepciones relevantes[211] y, especialmente, que no supone en absoluto el uso de métodos racionales para la valoración de las pruebas. Al contrario, el uso degenerativo que a menudo se hace de ese principio abre el camino a la legitimación de la arbitrariedad subjetiva del juez o, en el mejor de los casos, a una discrecionalidad de la que no se conocen los criterios y presupuestos.

El problema de la valoración de la prueba parece situarse, pues, en la experiencia de los modernos sistemas de *civil law*, en el espacio marcado por dos extremos negativos que, sin embargo, pueden estar contemporáneamente presentes en el mismo ordenamiento.

Un extremo está constituido por la prueba legal normativamente regulada de forma que excluya cualquier valoración efectiva sobre la eficacia de la prueba y —en consecuencia— impida cualquier juicio en términos de aproximación a la verdad empírica del hecho[212]. El otro extremo está constituido por la versión «vacía» e irracional del principio de la libre convicción, según el cual el juez se pronuncia acerca de los hechos sobre la base de criterios que no se pueden conocer ni racionalizar. El estado del problema en ordenamientos como el italiano muestra que estas dos situaciones pueden estar contemporáneamente presentes e incluso que pueden estar suficientemente extendidas para cubrir, complementándose, casi la totalidad del área de la eficacia de la prueba en el proceso civil.

Sin embargo, no hay nada necesario en fenómenos de este tipo. Basta señalar, por un lado, que existen sistemas, como los del *common law*, en los que el fenómeno de la prueba legal es desde siempre extraño. Esto depende, obviamente, de factores típicos de la historia y de la estructura de aquellos ordenamientos, como por ejemplo la presencia del jurado, pero demuestra, en todo caso, que no hay ninguna necesidad intrínseca en el fenómeno de la prueba legal.

Tampoco hay ninguna necesidad, y ni siquiera un fundamento teórico apreciable, en las versiones irracionalistas de la libre convicción del juez. Generalmente, éstas no se sostienen sobre la base de opciones filosóficas específicas sino, mucho más banalmente, porque son más cómodas y evitan el ejercicio —siempre complejo y agotador— de la racionalidad como instrumento de control del juicio de hecho.

El irracionalismo en la valoración de la prueba no es, pues, la única alternativa a la prueba legal y, al contrario, ésta no es el único remedio contra los riesgos ínsitos en el subjetivismo de la libre convicción del juez[213]. No es infrecuente que se planteen así estas alternativas, pero suponen una concepción fuertemente reductiva y sustancialmente escéptica de los métodos aplicables al fenómeno probatorio: en efecto, lo que queda excluido de la rígida alternativa entre la ley y la intuición subjetiva es precisamente la posibilidad de usar criterios racionales para la determinación judicial de los hechos.

Sin embargo, parece evidente que esta posibilidad es precisamente la vía que permite sustraer la valoración de la prueba de la suma nega-

209. Éste es el caso, por ejemplo, del «principio de verdad material» que durante mucho tiempo ha dominado la teoría de la prueba en los ordenamientos socialistas (al respecto, v. referencias, *supra*, en el capítulo I, 4.1).

210. Éste es el caso de las numerosas aplicaciones de las teorías probabilísticas a la prueba judicial, examinadas *supra* en el capítulo III.

211. V., *supra*, la nota 201 e *ivi* en el texto.

212. Furno, *op. cit.*, pp. 22 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 26 ss.], intentó elaborar una concepción distinta de la prueba legal, según la cual ésta estaría dirigida a determinar la verdad de los hechos, con la única —y para Furno no relevante— diferencia de que la valoración de la prueba se realiza de forma general por el legislador y no por el juez en el caso particular. Parece claro, en cambio, que precisamente esa diferencia no es despreciable y que, más aún, señala la distinción entre la determinación del hecho en el ámbito de la libre convicción, que *puede* aproximarse a la verdad empírica, y la determinación por medio de la prueba legal, que *por definición* no toma en cuenta esa verdad. No es cierto, por otra parte, que en los dos casos la convicción se forme del mismo modo (como sostiene, en cambio, Furno, *ivi*, p. 27 [tr. cast., *ivi*, pp. 31 s.]), aunque sólo sea porque en un caso se trata del legislador y en el otro del juez.

213. Parece orientarse, en cambio, en ese sentido Cavallone, *Oralità e disciplina delle prove*, cit., pp. 444 ss., 451 ss., 462 ss.

tiva de prueba legal y concepción irracional de la convicción del juez. No es casualidad que vayan en esa dirección elaboraciones incluso muy complejas y sofisticadas que provienen de culturas jurídicas y metajurídicas distintas y de ordenamientos diversos pero que se prefijan el objetivo común de elaborar criterios de análisis y de valoración de las pruebas basados en principios de racionalidad general[214].

Por otra parte, conviene también observar que la concepción racionalista (o «racionalizada») de la libre convicción del juez implica una serie de consecuencias que pueden considerarse fuertemente positivas y que no son, en cambio, siquiera conjeturables si se parte de la concepción irracionalista de la valoración de la prueba, de la teoría de la prueba legal o de la combinación de ambas.

Ante todo, la concepción racional de la libre valoración de las pruebas permite configurar el juicio sobre el hecho como orientado tendencialmente a fundar una versión verdadera del hecho mismo, al menos en los límites en los que se puede sostener que la aproximación del juicio a la realidad empírica puede realizarse en el proceso[215]. Está claro que nada de todo esto es posible en el ámbito de cualquier concepción irracional de la valoración de la prueba: del resultado de una valoración de ese tipo no se puede decir más que expresa la intuición subjetiva, inefable e insondable del juez; es seguro, en cualquier caso, que no puede decirse si, y en qué medida, se acerca a la realidad de los hechos.

Por otro lado, la concepción racional de la valoración de las pruebas pone de manifiesto la irracionalidad sustancial de la prueba legal. Independientemente del hecho de que ésta pueda servir para simplificar en alguna medida el juicio de hecho o para cualquier otra finalidad apreciable en el proceso[216], y aunque se pueda sostener que algunas veces trata de basarse en una valoración del *id quod plerumque accidit*[217], sigue siendo cierto que la prueba legal constringe al juez, por de-

214. Para la ilustración de esas orientaciones v., *supra*, el capítulo III.

215. Sobre estos límites y sobre la concepción de la verdad como aproximación relativa v. capítulo III, 1 y capítulo IV, 1.

216. Sobre la utilidad simplificadora de la prueba legal v., por ejemplo, Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 27 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 18 ss.]. En el mismo sentido, Ghestin y Goubeaux, *op. cit.*, pp. 444, 490. Otras finalidades pueden ser, por ejemplo, la oportunidad de dejar en todo caso a disposición de las partes algún instrumento de resolución de la controversia a través de la determinación formal de los hechos: sería ésta la justificación de la conservación del juramento decisorio según Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, pp. 15 ss.

217. Para la referencia de las reglas de prueba legal a la «media de los casos», cf. Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 28 [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 19 s.].

finición, a usar criterios distintos de la aproximación racionalmente justificada a la realidad empírica del hecho específico.

Es más, en cierto sentido la prueba legal pretende precisamente impedir al juez que use los criterios de la discrecionalidad racional, imponiéndole otros que en mayor o menor medida distinguen al juicio de hecho que se daría según los cánones de la aproximación a la realidad. Por esta razón, el sistema de la prueba legal es irracional: más exactamente, es *contra-racional* porque excluye los criterios racionales de valoración de la prueba.

Debe subrayarse también que el derecho a la prueba que normalmente se reconoce a las partes sólo puede adquirir un significado apreciable sobre la base de una concepción racional de la convicción del juez[218]. Parece claro que ante una valoración irracional de las pruebas por parte del juez, no sirve de mucho establecer el derecho de las partes a someterle todas las pruebas de las que disponen y que pueden servir para fundar la decisión sobre el hecho. Al juez irracional las partes le presentan solicitudes o estímulos, no elementos de juicio, y a falta de criterios de referencia no pueden conjeturar (y mucho menos saber) lo que sirve para influenciar las reacciones subjetivas del juez. El juicio de hecho se convierte así en un *black hole* que anula las valoraciones de relevancia, utilidad y eficacia de la prueba, dado que la intuición subjetiva tiene sólo vínculos tenues y casuales con los elementos de prueba; pero entonces el derecho a la prueba resulta ser un *nonsense*.

Si, en cambio, se razona en términos de reglas de prueba legal, entonces hay que constatar que éstas entran directamente en conflicto con el derecho a la prueba de las partes. En efecto, resulta intuitivo que si el derecho a la prueba implica la facultad de la parte de usar todos los instrumentos de los que disponga para influir en la determinación del hecho, esto se traduce también en el derecho a la prueba contraria respecto de la aportada por la contraparte u ordenada de oficio por el juez[219]. Pero esto es precisamente lo que la prueba legal excluye al incluirse entre sus efectos el de hacer incontestable por las partes la afirmación del hecho cubierta de eficacia legal.

Finalmente, debe destacarse que la concepción racional de la valoración de las pruebas incide en distintos sentidos sobre la libertad del juez en el uso de las pruebas.

Por un lado, aquella concepción implica que esta libertad esté «orientada» y no equivalga a una discrecionalidad absoluta o a una

218. V., *supra*, apartado 1 y las indicaciones bibliográficas de la nota 3.

219. V., más ampliamente, Taruffo, *Il diritto alla prova*, cit., pp. 98 ss.

arbitrariedad subjetiva en el juicio de hecho. Que se trate de una libertad orientada significa que el juez debe utilizarla únicamente con el objetivo de alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso y que debe usar criterios racionales para ello. Como ya se ha mencionado anteriormente, la convicción del juez debe estar libre de vínculos legales —que precluyen la aproximación a la realidad— pero no debe estar libre de los criterios de valoración racionales: es más, éstos son los únicos criterios que permiten establecer si la valoración de la prueba produce elementos aptos para fundar el juicio sobre el hecho. La distinción entre concepción racional y concepción irracional de la convicción del juez equivale, pues, a la distinción entre libertad de valoración y arbitrariedad subjetiva[220].

Por otro lado, sólo si se supone la libertad racional de la valoración de la prueba se puede justificar una aproximación crítica hacia la prueba legal como límite a la libertad del juez. En efecto, si se pensara en la libertad del juez como arbitrariedad podría ser razonable el recurso a reglas de prueba legal concebidas como garantía contra la degeneración de la libre convicción[221].

El principio de la libre convicción del juez supone también la libertad de éste de escoger, entre el material probatorio incorporado a la causa, los elementos que considere significativos y determinantes para la decisión sobre el hecho[222], pero esta libertad adquiere aspectos muy distintos en función de si se asume como premisa una u otra concepción de la libre convicción. En efecto, si se parte de la idea de que la valoración de las pruebas es una actividad irracional, esta libertad del juez fácilmente puede parecer excesiva e inoportuna o bien lesiva del principio dispositivo, ya que permitiría al juez omitir arbitrariamente la toma en consideración de pruebas deducidas por las partes. Si, en cambio, se parte de la premisa de que la libertad de elección de los elementos de prueba relevantes para la decisión puede y debe ser ejercida de forma racional y controlable, entonces la perspectiva cambia

220. V., más ampliamente, *infra*, apartado 4.1.

221. Esta perspectiva no está ausente de la doctrina italiana del proceso penal, precisamente en términos de garantía contra los abusos de la libre convicción: cf., en particular, Amodio, *Libertà e legalità della prova*, cit., pp. 310 ss. En la doctrina del proceso civil adopta esa perspectiva, por ejemplo, Cavallone, *op. ult. cit.*, pero sobre la base de una concepción escéptica acerca de la posibilidad de una valoración racional de las pruebas.

222. Este punto es continuamente reafirmado por la jurisprudencia y es una consecuencia lógica de la falta de vínculos normativos en la valoración de las pruebas a los efectos de la decisión. Al respecto v., más ampliamente, Taruffo, *Note per una riforma*, cit., pp. 165 ss.; Id., *Libero convincimento del giudice*, cit.

completamente: resulta sensato hablar de garantía del principio de contradicción entre las partes a los efectos de la elección del juez[223], pero, especialmente, la relativa libertad del juez resulta un aspecto natural y no particularmente peligroso de la discrecionalidad del juez orientada hacia una determinación verdadera y racionalmente fundada de los hechos.

Finalmente, también debe destacarse que la concepción que se adopte de la libre convicción incide sobre la configuración de ulteriores problemas, como, por ejemplo, el de la motivación de la sentencia.

Si se parte de la concepción irracionalista, es imposible atribuir un significado positivo a la obligación del juez de motivar el juicio de hecho exponiendo las «razones» fundadas sobre las pruebas. No tiene sentido imponer al juez la justificación racional de un juicio que se supone irracional, de modo que la motivación acaba con no ser considerada más que una mera *Scheinbegründung* carente de toda vinculación con el juicio[224]. Desde esta perspectiva, las funciones de la motivación y de la respectiva obligación resultan escasamente significativas y sustancialmente superfluas[225].

Si se parte, en cambio, de la concepción racionalista de la convicción del juez, la obligación de motivar asume un significado muy preciso, consistente en hacer que el juez, justificando mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, las someta al control externo que puede efectuarse sobre la motivación.

En efecto, si se concibe la valoración de las pruebas en términos racionales, tiene sentido exigir que el juez enuncie los criterios que ha adoptado para valorar las pruebas y, sobre esta base, justifique el juicio de hecho[226].

3. *Las pruebas atípicas*.–En el contexto de los problemas referidos a la regulación jurídica de la prueba, una cuestión que ha atraído particularmente la atención de la doctrina italiana es la posibilidad y las modalidades de empleo de las pruebas no reguladas por la ley y que, por esta razón, son denominadas «atípicas» o «innominadas». Esta cuestión ha sido muy debatida también de forma reciente, dando lugar a numerosas, amplias y divergentes contribuciones sobre el tema[227]. Se trata,

223. V., *infra*, apartado 4.2.

224. Sobre las vinculaciones entre motivación y teorías irracionalistas del juicio cf. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 98 ss.

225. V. al respecto, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 93 ss.

226. V., *infra*, apartado 4.3.

227. V., entre lo más reciente, la amplia monografía de Ricci ya citada en otras ocasiones. Entre las contribuciones dedicadas específicamente al tema, o que lo discuten de

por otra parte, de una situación en algún sentido curiosa y probablemente única: en todos los ordenamientos existen las pruebas que en la doctrina italiana se denominan atípicas, pero no producen problemas particulares en la medida en que son admitidas normalmente, en el ámbito de la prueba documental[228] o en el de la prueba por indicios o presunciones[229].

Independientemente de sus razones y justificaciones, el debate que se ha desarrollado en la doctrina italiana ha puesto en evidencia una serie de problemas acerca de la admisibilidad y la eficacia de las pruebas atípicas, de modo que vale la pena tomar en consideración sus aspectos principales, aunque sólo sea para realizar algún comentario al respecto y sin pretensión alguna de completud.

3.1. *Admisibilidad*.–La admisibilidad de las pruebas atípicas es negada en ocasiones sobre la base de la idea de que el «catálogo legal» de las pruebas es taxativo: sólo los medios de prueba que éste prevé serían admisibles, mientras que sería inadmisible todo lo que no esté previsto en él[230].

modo bastante amplio, cf., además de las citadas anteriormente en la nota 137, Montesano, *Le «prove atipiche»*, cit., pp. 233 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 824 s., 833 ss.; Tarzia, *Problemi del contraddittorio*, cit., pp. 639 ss.; Verde, *Prova*, cit., pp. 605 ss.; Taruffo, *Note per una riforma*, cit., pp. 270 ss.; Id., *Prove atipiche*, cit.; Id., *Il diritto alla prova*, cit., pp. 100 ss.

228. La prueba documental es habitualmente concebida de un modo muy amplio, de forma que incluye la gama más variada de documentos atípicos, desde los verbales de otros procesos hasta las pericias privadas o extrajudiciales, desde documentos administrativos hasta documentos informáticos. Respecto de la doctrina francesa cf. Ghestin y Goubeaux, *op. cit.*, pp. 515 ss.; respecto de la alemana, en el mismo sentido, cf. *ZPO. Kommentar zur Zivilprocessordnung*, Neuwied-Darmstadt, 1987, p. 1159; Zöller, *op. cit.*, pp. 768, 1001; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München, 22 1988, p. 196; Baumbach, Lauterbach y Hartmann, *op. cit.*, p. 850; Stein y Jonas, *op. cit.*, pp. 147 ss.; Schellhammer, *Zivilprozess*, Heidelberg, 1983, p. 301.

229. Las pruebas atípicas (a veces también las documentales) son reconducidas a la categoría de los indicios o de las presunciones simples por la doctrina francesa: cf., por ejemplo, Ghestin y Goubeaux, *op. cit.*, p. 531; Vincent y Guinchard, *op. cit.*, pp. 916 s. Lo mismo sucede en Alemania, en función de la noción amplísima de *Indizienbeweis* que se extrae del § 286 de la ZPO. Así, por ejemplo, es una prueba atípica, y constituye un *Indizienbeweis*, la confesión judicial y extrajudicial, dado que la confesión no está prevista entre los medios de prueba típicos. En general, se califica como indicio cualquier elemento de prueba no típico, de modo que las pruebas son típicas y las pruebas atípicas son indicios y, como tales, admitidos aunque la *Indizienbeweis* no esté prevista por la ley. Al respecto, cf. la nota 139, también para referencias bibliográficas adicionales.

230. Sobre esa orientación cf., también para referencias adicionales, el apartado 2.1 de este capítulo.

En cambio, quien tiende a admitir la posibilidad de uso de las pruebas atípicas lo hace habitualmente sobre la base de dos argumentos: el primero se basa en la analogía y pretende considerar admisibles las pruebas atípicas que sean de algún modo análogas a alguna prueba típica[231]; el segundo, más frecuente, se basa en la consideración de que, paradójicamente, el catálogo legal de las pruebas contiene voces que admiten la incorporación de las pruebas atípicas al proceso: respecto de las fuentes de prueba, se trata de las presunciones simples, que pueden extraerse de cualquier elemento que esté dotado de relevancia probatoria[232]; respecto de las modalidades de la adquisición, se trata del depósito de los documentos, dado que las pruebas atípicas asumen habitualmente forma documental[233].

Sin embargo, analizando las argumentaciones que habitualmente se emplean a favor y en contra de la admisibilidad de las pruebas atípicas es difícil evitar la impresión de que se trata en buena medida de un problema mal planteado, al menos si se observa desde la perspectiva general de lo que se puede entender por prueba jurídica y por regulación jurídica de la prueba.

Respecto de los argumentos referidos a la pretendida «naturaleza» del catálogo legal de las pruebas, cabe decir que resultan *a priori* poco convincentes. Por un lado, las características típicas de este catálogo no permiten ninguna inferencia sensata respecto de su «naturaleza», de modo que únicamente se podría estar seguro de la taxatividad del catálogo en cuestión frente a una norma expresa que declarara la inadmisibilidad de cualquier medio de prueba no específicamente previsto por la ley[234]. Sin embargo, no se conocen ejemplos de tales normas y seguramente no existen en el ordenamiento italiano.

Por otro lado, la función de las normas que se ocupan de la admisibilidad de los medios de prueba es típicamente la de excluir pruebas

231. Cf., en particular, Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, vol. I, pp. 746 ss. [tr. cast., *Sistema de derecho procesal civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, vol. II, pp. 473 ss.]; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, III, 2, Padova, 1923, pp. 342 ss.; Redenti, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 448. Sobre el tema, v. recientemente Ricci, *Premesse*, cit., pp. 63 s.

232. Cf., en particular, Taruffo, *Prove atipiche*, cit., pp. 389 ss., también para indicaciones bibliográficas sobre la doctrina menos reciente en ese sentido; Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 49 ss., 172 ss., y Chiarloni, *op. ult. cit.*, pp. 851 ss. En sentido crítico cf., en particular, Cavallone, *Critica della teoria*, cit., pp. 345 ss., 361 ss., sobre cuyas tesis pueden verse también las réplicas de Ricci, *ivi*, pp. 181 ss.

233. Cf. Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 271, y en sentido crítico Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 143 ss.

234. V., más ampliamente, *supra*, apartado 2.1.

que, de otra forma, serían admitidas en la medida en que son relevantes, no la de establecer qué pruebas pueden ser admitidas[235]. Para darse cuenta de ello basta leer las normas sobre la admisibilidad de la prueba testifical (art. 2721 ss. cod. civ. it.) o el artículo 2739 cod. civ. it. en materia de juramento. En realidad, no parece que exista una forma razonable de demostrar que son admisibles sólo aquellas pruebas previstas por la ley[236], dado que, además, la ley no dice qué pruebas deben admitirse sino que se preocupa únicamente de decir qué pruebas, y en qué circunstancias, deben ser excluidas.

Debe entonces considerarse que la razón principal por la que una prueba debe ser admitida en juicio no es en absoluto la existencia de una norma que se ocupe de ello (que a menudo no la hay) sino la utilidad de la prueba para la determinación de los hechos.

Desde esta perspectiva, es «prueba» todo aquello que sirve lógicamente para probar el hecho, no aquello que la ley denomina «prueba»[237]. Así pues, se puede asumir como principio general *de razón*, más que como principio jurídico, la regla presente en los ordenamientos de *common law* según la cual todo elemento de prueba relevante debe ser admitido, excepto que existan normas o razones específicas para excluirlo[238].

Obsérvese, por otra parte, que la regulación legal de los medios de prueba es un fenómeno cuanto menos variable y contingente, con contenidos y lagunas a menudo difícilmente justificables y vinculadas a la distancia entre las normas y la realidad. Es difícil reconocer un valor sistemático decisivo al artículo 2713 cod. civ. it., que incluye en el catálogo legal de las pruebas las «tarjas o tallas de contraseña»*; por otro

235. V. también, *supra*, apartado 2.1.
236. Son significativos al respecto los ejemplos alemán y francés (sobre los que pueden verse las notas 228 y 229), en los que se definen como «pruebas» únicamente aquellas que la ley prevé expresamente, pero después se admiten también todas las otras usando para ello la categoría de los indicios y extendiendo la de las pruebas documentales.
237. Evidentemente, de esta forma se face prevalecer la noción lógica de la prueba sobre la jurídica; una de las razones de ello es que esta última parece ligada a convenciones nominalistas (v. la nota precedente) más que a un análisis adecuado del fenómeno.
238. V., más ampliamente, el apartado 2.1.
* Se traduce de este modo la expresión italiana «taglie o tacche di contrassegno», pues no resulta extraña a la tradición jurídica española. Por otra parte, es posible encontrar la misma traducción en obras como L. Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil*, vol. III, tr. cast. a cargo de E. Ovejero, Reus, Madrid, 1934, p. 6, donde además se ofrece una detallada explicación de las mismas: «Las tarjas o tallas de contraseña dan fe entre las personas que tienen la costumbre de comprobar por tal medio los suministros que hacen o reciben al menudeo. Estas tallas consisten en un trozo de palo, dividido en toda su longitud en dos partes iguales, de las que una, dicha más propiamente talla, designada

lado, la falta de normas precisas sobre los documentos informáticos crea problemas[239], pero no puede ser seriamente usada para decir que no pueden ser usados a efectos probatorios.

Es fácil observar que las pruebas típicas se usarían como pruebas, en la medida en que fueran relevantes, aunque la ley no se ocupara expresamente de ellas[240]: por ejemplo, aunque un ordenamiento no regulara la prueba testifical sería difícil sostener que la prueba mediante testigos no se usaría sólo porque no estuviera prevista. Es más, ésta se usaría aún con mayor amplitud, porque no habría las limitaciones que normalmente se introducen, precisamente, con la regulación legal de la prueba testifical.

La imposibilidad de demostrar la «clausura» del catálogo legal de las pruebas es ya una demostración del hecho de que no es posible negar *a priori* la admisibilidad de las pruebas atípicas.

No obstante, deben realizarse también algunas observaciones sobre los argumentos que habitualmente se utilizan para sostener que las pruebas atípicas son admisibles.

El argumento que se basa en la analogía, para sostener que una prueba atípica es admisible si es análoga a una prueba típica, puede tener alguna utilidad marginal pero se expone a diversas objeciones. Ante todo, este argumento reafirma, en realidad, el principio de tipicidad de los medios de prueba en la medida, precisamente, en que se propone una versión atenuada del mismo: es siempre la idea de «prueba típica» la que constituye el criterio de admisión de la prueba, aunque opere por analogía y de modo no riguroso. Pero todo ello presupone una premisa no demostrable: la taxatividad del catálogo legal de las pruebas.

Además, el criterio de la analogía puede ser claro en algún caso (de forma que, por ejemplo, se puede asimilar el telefax a la copia), pero en otros muchos resulta absolutamente incierto. Es dudoso, por ejemplo,

con el nombre específico de *riscontro*, está en poder de aquel a quien se hace el suministro. Siempre que entre las dos partes tiene lugar un suministro al detalle, se reunen las dos partes y se practica sobre la misma un corte transversal, que queda visible tanto sobre la una como sobre la otra parte del palo: de este modo, las dos mitades del palo sirven de comprobación la una de la otra; y los suministros hechos y recibidos quedan registrados en cada mitad de la contraseña correspondiendo a los que se registran en la otra». [*N. del T.*]
239. Cf. De Santis, *op. cit.*, pp. 90 ss.; Montesano, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale*, en *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 2 ss.; Verde, *Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 715 ss.
240. Lo demuestra el caso de la confesión en el ordenamiento alemán, de la que se hace mención en la nota 229.

si la declaración extrajudicial de un tercero interesado es «análoga» a una prueba testifical y, por tanto, puede ser admitida, o a una declaración testifical inadmisible y, por tanto, debe ser excluida. No es menos dudosa la posibilidad de trazar analogías entre el comportamiento extraprocesal y el comportamiento procesal de las partes, o entre las pruebas asumidas en el proceso penal y las admitidas en el proceso civil, o entre las certificaciones administrativas y los documentos típicos, etc.[241].

Por otra parte, un criterio que deja en la duda a la mayor parte de las situaciones en las que se habla de atipicidad del medio de prueba no es, evidentemente, un buen criterio para establecer qué pruebas atípicas pueden ser admitidas.

Menos irrazonable parece ser el argumento que tiende a admitir el uso de fuentes de prueba atípicas poniendo en evidencia el carácter esencialmente «atípico» de los elementos sobre los que puede fundarse la prueba por presunciones[242]. En efecto, resulta incontestable que esos elementos no están predeterminados ni son predeterminables por la ley, dado que cualquier cosa, documento o declaración puede constituir la base de una inferencia presuntiva idónea para producir conclusiones probatorias acerca de los hechos del caso. Así pues, se puede considerar la categoría de las presunciones simples, cuya admisibilidad no está puesta en duda (con los límites del art. 2729 cod. civ. it.), la vía para que «entren» en el proceso civil las pruebas atípicas.

Este argumento parece persuasivo, aunque sólo sea porque no lo son en absoluto las objeciones a que ha sido sometido[243].

241. En el mismo sentido v., recientemente, Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 63 s.; también Taruffo, *Prove atipiche*, cit., p. 396. El criterio de la analogía era ya muy problemático en la propia elaboración de Carnelutti (sobre la que pueden verse las referencias bibliográficas de la nota 231).

242. Respecto de la doctrina italiana v. indicaciones bibliográficas en la nota 232; v. también la nota 229 respecto de la orientación análoga en las doctrinas francesa y alemana.

243. La principal objeción de Cavallone (*Critica della teoria*, cit., pp. 362 ss.) es que, en todo caso, el conocimiento del «hecho conocido» por parte del juez debería producirse mediante las modalidades típicas del proceso. Esto es verdad, pero no elimina la esencial atipicidad del «hecho conocido» que puede fundar la inferencia presuntiva. Respecto de la tipicidad del razonamiento presuntivo (v. Cavallone, *ivi*, p. 363), cabe decir que se trata de una afirmación nada clara y, en cualquier caso, curiosa; no se entiende cómo puede considerarse típico un razonamiento que parte de premisas atípicas y formula conclusiones sobre la base de reglas de experiencia variables, indeterminadas y, ciertamente, no típicas ni tipificables (v. al respecto, *supra*, capítulo III, 3.4 y capítulo IV, 2.2 y 2.3). Quizás Cavallone pretende hacer referencia al esquema inferencial de la presunción simple, pero la forma lógica de este esquema —de la que, por otra parte, Cavallone no se ocupa— no es suficiente para considerarlo típico, dado que en ese esquema caben inferencias de la naturaleza más diversa. No debe olvidarse, por otro lado, que el problema de la tipicidad o atipicidad está referido propiamente a las fuentes de presunción y no al razonamiento presuntivo. En el mismo sentido v. las observaciones de Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 49 ss., 172 ss., 181 ss.

Sin embargo, este argumento tiene el límite consistente en no ser realmente necesario a los efectos de demostrar que las pruebas atípicas no pueden ser excluidas del proceso civil[244]. En realidad, no hay necesidad alguna de encontrar en el catálogo legal de las pruebas una «voz» que haga las veces de brecha en la pretendida taxatividad del catálogo, es decir, que funcione como instrumento para hacer que el catálogo incluya aquello que, en cambio, debería excluir. Es verdad que la problemática del catálogo de las pruebas no debe ser sobrevalorada y que es difícil extraer conclusiones unívocas y sensatas del mismo[245], pero, entonces, no hay necesidad alguna de remitirse a él para «tipificar» indirectamente las pruebas atípicas. Para llegar a la conclusión de la admisibilidad de esas pruebas es suficiente, en efecto, con la constatación de que aquel catálogo no es taxativo ni completo: se ocupa de algunos medios de prueba que el legislador ha considerado oportuno regular mediante normas particulares, pero cualquier elemento «extracatálogo» es utilizable si resulta útil para determinar el hecho.

Así pues, no puede configurarse de forma general ningún límite a la admisibilidad de fuentes de prueba atípica.

Al respecto, también se han identificado límites a la vista de otros aspectos del fenómeno, pero también respecto de estos límites surgen dudas no soslayables.

Así, por ejemplo, no parece que pueda configurarse una prohibición de utilizar pruebas asumidas en otro proceso: el artículo 310.3 cod. proc. civ. it. opera, en efecto, en el sentido de admitir, y no excluir, estas pruebas cuando provengan de otro proceso civil y no parece dudosa la posibilidad de utilizar pruebas asumidas en un proceso penal, aunque al respecto surjan problemas que no carecen de interés[246].

244. Rectifico así, *re melius perpensa*, la opinión sostenida en trabajos anteriores (v. *Prove atipiche*, cit., pp. 397 ss., y *Note per una riforma*, cit., pp. 272 ss.), en los que consideraba esencial la inserción de las pruebas atípicas entre las fuentes de presunción, especialmente a los efectos de aplicarles los criterios previstos por el artículo 2729 cod. civ. it.

245. V., *supra*, el apartado 2.1.

246. V. al respecto el análisis de Ricci, *Prove penali e processo civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 845 ss.

Sobre el problema de la utilización de las pruebas incorporadas a un proceso terminado v., en particular, Chiarloni, *op. ult. cit.*, pp. 839 ss., y Ricci, *ivi*, pp. 863 ss. En cuanto a la tesis según la cual no serían utilizables pruebas asumidas en otro proceso en violación de los límites legales de admisibilidad (v. Cavallone, *op. ult. cit.*, pp. 352 ss.), es necesario distinguir: si se trata de un proceso en el que esos límites debían ser respetados, se está ante la nulidad de la prueba y, por tanto, ante una razón de no utilizabilidad de la misma

Otra opinión tiende a excluir las pruebas atípicas que no hayan sido creadas mediante contradicción entre las partes[247]: no obstante, ya se ha visto que no puede configurarse una condición rigurosa de este tipo, dado que no se cumple siquiera respecto de numerosas pruebas típicas (y, en general, respecto de las llamadas pruebas preconstituidas)[248]. Por otra parte, como también ha sido señalado[249], la existencia de procedimientos normativamente regulados para la formación de determinadas pruebas no impide que elementos de prueba utilizables se formen de otras formas, estando claro que no puede haber identidad entre las pruebas formadas según procedimientos típicos y las pruebas formadas fuera del contexto en el que rigen esos procedimientos. Hay, además, una diferencia esencial entre la prueba formada en el proceso en violación de las normas que regulan su formación de modo vinculante y la prueba formada fuera del proceso: la primera no puede ser utilizada porque es nula o ilícita, mientras que la segunda no presenta ningún vicio jurídicamente relevante y, por tanto, no hay razón para que no pueda ser utilizada[250].

Esto lleva a tomar en consideración una ulterior tesis restrictiva, según la cual no deberían admitirse pruebas atípicas «equivalentes» a pruebas típicas[251].

Ante todo, debe precisarse que no puede considerarse «atípica» una prueba formada en el proceso en violación de las normas que regulan la formación de las pruebas típicas: la prueba nula no es una prueba atípica equivalente a la prueba típica válida, aunque algunas veces la jurisprudencia parece decantarse en ese sentido[252]. La prueba nula no es en absoluto una prueba atípica: no es nada más que una prueba típica viciada y, por tanto, inutilizable[253].

Debe evitarse también la posibilidad de que el juez utilice de forma incorrecta la prueba atípica, por ejemplo, basándose en ella

(sobre las pruebas ilícitas v., *supra*, apartado 2.2); no se produce, en cambio, ningún problema si en aquel proceso la prueba era admisible (por ejemplo, porque se trata de un proceso penal o del proceso laboral en el caso de prueba dispuesta por el juez sobre la base del segundo párrafo del artículo 421).

247. V., en particular, Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 639 ss.
248. V., *supra*, apartado 2.2.
249. V. *ibid.*
250. V. una vez más, *supra*, apartado 2.2.
251. Sobre esta tesis cf. Cavallone, *Critica della teoria*, cit., pp. 350 ss.; Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 640 ss.
252. Es el caso, por ejemplo, de la pericia nula, sobre la que puede verse Taruffo, *Prove atipiche*, cit., p. 421.
253. V., entre lo más reciente, Ricci, *Premesse*, cit., pp. 39 ss.

para excluir del proceso la prueba típica de algún modo «equivalente»[254].

Una vez establecido esto, sin embargo, no hay razón para no admitir las pruebas atípicas «equivalentes» a pruebas típicas. Por un lado, debe observarse que el criterio de «equivalencia» entre pruebas es muy vago en muchas ocasiones y, en cualquier caso, no menos que el de la analogía discutido anteriormente. Así, por ejemplo, es dudoso si la declaración extrajudicial de Ticio es o no equivalente a la declaración testifical de Cayo, o si la declaración testifical del Cayo en un proceso penal es o no equivalente a la que el mismo Cayo realizaría en un proceso civil, quizás sobre hechos total o parcialmente distintos. En todo caso, parece intuitivo que poquísimas pruebas atípicas podrían considerarse realmente equivalentes a pruebas típicas en función de criterios razonablemente rigurosos de equivalencia, de forma que este criterio de exclusión, incluso cuando se aplica, no se referiría a la gran mayoría de pruebas atípicas. Basta tener en cuenta, en efecto, que habitualmente las pruebas atípicas están constituidas por documentos atípicos, que lo son precisamente porque no equivalen a ningún documento típico.

Por otro lado, no se entiende por qué la prueba atípica debe ser excluida cuando resulta por alguna razón «equivalente» a una prueba típica. No existen al respecto normas positivas ni principios que puedan ser obtenidos del sistema (salvo que se piense en la taxatividad del catálogo legal de las pruebas, pero en ese caso el razonamiento caería en un evidente círculo vicioso). En cambio, existen buenas razones para admitir las pruebas atípicas «equivalentes» a pruebas típicas: puede suceder, en efecto, que la prueba típica no esté disponible y, en ese caso, la equivalente prueba atípica puede ser útil para la determinación del hecho[255]. Tampoco hay ninguna razón para sostener que la prueba atípica sólo sea utilizable cuando no se disponga de la prueba típica «equivalente»[256]. Así, por un lado, la prueba típica puede servir para ensayar o confirmar la aceptabilidad de la prueba típica correspondiente. Por otro lado, no se comprende por qué razón el valor de la prueba típica deba variar en función de la presencia o ausencia de la prueba atípica, determinando así su admisión o exclusión. Puede suceder, en realidad, que la prueba atípica sea superflua, si las pruebas típicas son suficientes para determinar el hecho, pero esto puede también suceder

254. Cf. Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 274; Chiarloni, *op. cit.*, p. 848, en referencia a las pruebas asumidas en el proceso.
255. En el mismo sentido, cf. Chiarloni, *op. cit.*, pp. 857 s.
256. En este sentido v., en cambio, Chiarloni, *op. cit.*, pp. 864 ss.

en los supuestos de convergencia de distintas pruebas típicas; en cambio, la prueba atípica puede ser útil si las pruebas típicas no son suficientes para determinar el hecho porque, por ejemplo, son poco aceptables o contradictorias. Pero todo esto no influye en la admisibilidad de las pruebas atípicas y tampoco constituye una condición para su exclusión[257].

Parece, además, fundada la impresión de que el argumento que pretende excluir las pruebas atípicas «equivalentes» a pruebas típicas se dirige, en realidad, a impedir que a través de la utilización de pruebas atípicas se eludan los límites y las prohibiciones que afectan a las pruebas típicas. Al respecto, es oportuno, sin embargo, precisar un punto más: los límites y las prohibiciones, del mismo modo que las reglas relativas a la formación de la prueba en el proceso, pueden ser violados, con la consecuencia de que la prueba es, en función de los casos, nula o inadmisible. Pero, como ya se ha dicho, una prueba nula o inadmisible no es por ello una prueba atípica: es una prueba *típica* nula o inadmisible. Si, en cambio, se piensa en pruebas realmente atípicas, que lo son en la medida en que han sido formadas fuera del contexto en el que rigen los límites, las prohibiciones y las reglas taxativas de formación de las pruebas típicas, una vez más no se entiende por qué aquéllas deben ser excluidas si permiten utilizar elementos probatorios que no podrían formarse en el proceso. Tómese, el ejemplo (que es casi el único caso) de los terceros que serían incapaces para testificar, según el artículo 246 cod. proc. civ. it.: su declaración testifical en juicio sería inadmisible, y estaría viciada si fuese adquirida; pero si estos terceros han realizado declaraciones extrajudiciales, contenidas, por ejemplo, en cartas o en otros documentos atípicos, no se alcanza la razón por la que no podrían ser utilizadas, dado que no se trata de declaraciones testificales y que, por tanto, esas declaraciones no están viciadas de ningún modo[258]. Quizás pueda pensarse que de esta forma se «evite» la prohibición del artículo 246, pero esto no importa: la norma debe aplicarse en el proceso y a las pruebas testificales que en el mismo se adquieran; si resulta que

257. El valor de las pruebas atípicas es determinado, junto al de las pruebas típicas, y si es el caso en relación con éste, en la valoración final de las pruebas en función de los criterios que regulan esa valoración (v. al respecto, *supra*, capítulo IV, 4). Del mismo modo que en ausencia de reglas expresas de exclusión la admisión de la prueba se determina sobre la base de su relevancia, pero la relevancia no equivale en absoluto a la eficacia de la prueba ni el juicio respectivo supone una valoración anticipada (v., *supra*, apartado 2.1), tampoco para las pruebas atípicas es posible basar un criterio de admisión/exclusión en la variabilidad de su valor probatorio.

258. V., *supra*, nota 167 e *ivi* en el texto.

existen otros modos lícitos para adquirir los mismos elementos de convicción, éstos pueden ser oportunamente utilizados.

Debe hacerse una mención, finalmente, a la tesis según la cual las pruebas atípicas deberían ser excluidas porque su utilización implicaría la violación de la regla que prohíbe al juez recurrir a su propia «ciencia privada»[259]. Esta tesis tiene el inconveniente de ser obvia o insostenible en función de los significados que puede tener. Es obvia porque la prohibición de recurrir a la ciencia privada del juez vale, en todo caso, tanto para las pruebas típicas como para las atípicas. Esta prohibición impone al juez la utilización exclusiva de elementos de prueba adquiridos ritualmente en el proceso[260], pero esto sucede habitualmente tanto para las pruebas atípicas como para las típicas: normalmente, la prueba atípica tiene naturaleza documental y se produce en juicio con las modalidades habituales[261]. En caso de que se trate de un hecho (como, por ejemplo, el comportamiento extraprocesal de una parte) éste debe ser obviamente probado en juicio según las normales (y «típicas») reglas probatorias[262]. Habría seguramente un vicio en caso de que el juez extrajera de su propia ciencia privada un elemento atípico de convicción, pero esto no constituiría otra cosa que una banal aplicación de la regla general, que en sí misma no se refiere sólo a las pruebas atípicas.

La tesis examinada sería, por otra parte, insostenible en el supuesto en que significara que las pruebas atípicas recurren *siempre* a la ciencia privada del juez. Es fácil constatar, en efecto, que esto no es en absoluto verdadero: normalmente, las pruebas atípicas se introducen en el juicio según las modalidades ordinarias y a menudo el juez utiliza elementos atípicos de convicción que extrae del material probatorio de la causa, no de sus propios conocimientos personales. En general, pues, no hay ninguna relación específica entre pruebas atípicas y ciencia privada del juez.

3.2. *Eficacia*.–Una vez resuelto positivamente el problema de la admisibilidad de las pruebas atípicas, se plantea la cuestión ulterior referida a la eficacia que les debe ser reconocida.

Frente a una jurisprudencia que hace un uso amplísimo de estas pruebas, pero que no formula criterios para su utilización en el ámbito

259. Cf. Montesano, *op. cit.*, p. 234; Ricci, *op. ult. cit.*, p. 143.

260. Sobre la prohibición de usar la ciencia privada del juez v., *supra*, nota 118 e *ivi* en el texto.

261. Cf. Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 271; Chiarloni, *op. cit.*, p. 834. V. además, *supra*, apartado 2.2.

262. Cf. Cavallone, *op. ult. cit.*, pp. 361 ss.

del juicio de hecho[263], la doctrina ha intentado de distintas formas individualizar criterios limitativos de la eficacia de las pruebas atípicas, con la evidente pretensión de limitar los peligros de su sobre valoración o de abusos que pueden producirse fácilmente en perjuicio de la correcta utilización de las pruebas típicas.

Se ha intentado así reconducir las pruebas atípicas a la categoría de las inferencias probatorias, adoptando la tesis rigurosa según la cual no serían más que elementos complementarios e integrativos de la valoración de las verdaderas y estrictas pruebas, carentes de valor probatorio autónomo[264]. Así, las pruebas atípicas sólo podrían ser utilizadas como elementos para la valoración de pruebas típicas, no como elementos probatorios autónomos. Esta tesis ha sido ampliamente argumentada, pero se presta al menos a dos objeciones. La primera es que formula una suerte de prueba legal negativa, en función de la cual la eficacia probatoria de las pruebas atípicas no podría superar un cierto «grado»[265]: Una regla de ese tipo, sin embargo, supone una excepción del principio de libre convicción y, por tanto, según el artículo 116.1 cod. proc. civ. it. debría estar basada en una norma legal expresa y no en una mera argumentación dogmática[266].

263. Para un análisis más amplio al respecto v. los trabajos citados en la nota 227.

264. Cf., en particular, Montesano, *op. cit.*, pp. 233 ss., 239 ss. En sentido crítico, cf. Cavallone, *op. ult. cit.*, pp. 380 s.

265. Naturalmente, esta argumentación tiene como premisa la atribución a las inferencias probatorias de un grado de eficacia netamente inferior al de las pruebas en sentido estricto. Sin embargo, esa premisa es también muy dudosa: v., *infra*, capítulo VI, 3.2.

266. La norma expresa capaz de derogar el principio de libre convicción en el caso de las pruebas atípicas no puede encontrarse en el párrafo segundo del artículo 116. Esa norma regula, en efecto, las inferencias probatorias, pero lo hace para tipificarlas, aunque sea utilizando una categoría amplia y poco rigurosa como el comportamiento procesal de las partes. Si se quiere atribuir a las inferencias probatorias una eficacia limitada (v. capítulo VI, 3.2), esto vale seguramente para los supuestos previstos precisamente en el artículo 116.2 (y vale para las pruebas incorporadas al proceso finalizado *ex* artículo 310.3: cf. Montesano, *op. cit.*, pp. 241 ss. y, en sentido crítico, Chiarloni, *op. cit.*, pp. 839 ss.), pero no vale automáticamente para las pruebas atípicas. Quedaría, en realidad, por demostrar que éstas quepan en uno u otro de los supuestos previstos en el artículo 116.2 (o en las otras normas que, como el artículo 420, se vinculan al artículo 116 a los efectos de definir las consecuencias probatorias de circunstancias como la falta de comparecencia de las partes o la falta de conocimiento de los hechos por parte del procurador). Pero esa demostración parece al menos difícil: por un lado, muchísimas pruebas atípicas no tienen nada en común con los supuestos en los que la ley habla de inferencias probatorias; por el otro, normas como el artículo 116.2 establecen excepciones al principio general de libre convicción del juez y, por tanto, no deberían ser interpretadas extensivamente. A favor de que no se admita la analogía para interpretar las normas de prueba legal, precisamente porque éstas introcuden excepciones a la regla de la libre convicción, v. ya Furno, *op. cit.*, p. 146 [tr. cast., *op. cit.*, p. 160].

La segunda objeción es que precisamente la estructura de la prueba atípica es la que normalmente excluye que ésta sirva para valorar el resultado de la prueba típica. La prueba atípica, en realidad, a menudo versa sobre un hecho de la causa (principal o secundario), no sobre circunstancias relevantes para valorar la aceptabilidad de otra prueba. Si, por ejemplo, se dispone de un documento atípico del que resulta la existencia de un hecho relevante para la decisión, éste versa sobre un hecho, no sobre otra prueba. Ese documento servirá para conferir un cierto grado de confirmación a la hipótesis sobre el hecho y, por tanto, podrá estar —en el contexto de la valoración conjunta de las pruebas disponibles— en una relación de convergencia o divergencia con otras pruebas. Sería impropio decir, entonces, que el documento sirve para valorar las otras pruebas, del mismo modo que no puede decirse que éstas sirvan para valorar el documento. En efecto, se trata en todos los casos de pruebas, típicas o atípicas, que en distintas medidas sirven para determinar el hecho, no para supuestas y problemáticas valoraciones cruzadas. La misma reflexión vale también, por otra parte, para las inferencias probatorias de las que se habla en el artículo 116 c.2. cod. proc. civ.: está claro que éstas sirven para integrar la prueba del hecho en la medida en que atribuyen un grado (limitado y no autosuficiente) de confirmación a la hipótesis respectiva y, por tanto, concurren con las pruebas, pero no inciden en la eficacia de otros elementos de prueba.

Obviamente, existen también circunstancias que inciden en la valoración de las pruebas porque afectan, por ejemplo, a la aceptabilidad del testigo o a la autenticidad de un documento[267]. Pero estas circunstancias no son equivalentes ni a las pruebas atípicas ni a las inferencias probatorias: se trata, en cambio, de hechos que deben ser probados en juicio (con pruebas típicas o atípicas o, eventualmente, mediante inferencias probatorias) y que, si son probados, influencian sobre la valoración relativa a la eficacia de la prueba «principal». Pero, precisamente, se trata de hechos (obviamente secundarios), no de inferencias probatorias[268].

Resulta entonces evidente que el verdadero problema en materia de inferencias probatorias y de pruebas atípicas no es el de su complementariedad respecto de las otras pruebas sino, pura y simplemente, el de la eficacia que pueden tener a los efectos de la determinación del hecho. Mientras que se puede admitir que la de las inferencias proba-

267. Se trata de las circunstancias que inciden en la credibilidad del medio de prueba, sobre las que pueden verse, más ampliamente, capítulo IV, 2 y capítulo VI, 2.1.

268. V. capítulo IV, 2 y capítulo VI, 2.1.

torias es muy reducida, no hay base en el derecho positivo para extender el mismo régimen a todas las pruebas atípicas.

El otro argumento que pretende limitar la eficacia de las pruebas atípicas se apoya en la tesis ya mencionada de que éstas constituirían fuentes de presunción simple[269]. A partir de esta premisa, a menudo usada para justificar la admisibilidad de las pruebas atípicas, se deduce que también a ellas se les debería aplicar el régimen de la eficacia probatoria de las presunciones simples; se adopta, después, una interpretación rigurosa del artículo 2729 cod. civ. para concluir que las pruebas atípicas únicamente pueden ser usadas cuando sean más de una y sean concordantes. Esto equivale a decir que una sola prueba atípica, o diversas pruebas atípicas discordantes, no podrían fundamentar la determinación del hecho; en particular, la prueba atípica tendría, en cualquier caso, una eficacia probatoria inferior a la de las pruebas atípicas, aunque siempre estarían sujetas a la libre valoración del juez[270].

A esta tesis no puede oponerse una objeción análoga a la que se plantea a la analogía entre pruebas atípicas e inferencias probatorias: ésta prevé también la formulación de una regla de prueba legal negativa, pero en este caso esa regla se encuentra en una norma expresa (el art. 2729 cod. civ.), que parece directamente aplicable a las pruebas atípicas en la medida en que constituyen, precisamente, fuentes de presunción y es en esa calidad que pueden ser admitidas.

No obstante, también esta orientación se presta a algunas consideraciones críticas.

Por un lado, como ya se ha observado anteriormente, para demostrar la admisibilidad de las pruebas atípicas no es necesario calificarlas como fuente de presunción. Si se sostiene, pues, que éstas son admisibles por sí mismas, y no en cuanto fuentes de presunción, decae la vinculación entre las pruebas atípicas y las normas que regulan las presunciones simples y, en particular, decae la premisa de la aplicabilidad del artículo 2729 a las pruebas atípicas.

Por otra parte, es necesario tomar en consideración el hecho de que la mencionada limitación del valor probatorio de las presunciones simples, que se extendería a las pruebas atípicas, no es absoluta y presenta márgenes de incertidumbre no soslayables.

Incluso en la versión más rigurosa se admite, en efecto, que algunas veces una sola presunción puede constituir fundamento suficiente del juicio de hecho; por su parte, la jurisprudencia no sigue esta lectura del artículo 2729 y tiende a admitir en línea general la suficiencia de una sola presunción, si ésta es grave y precisa[271]. El límite de la eficacia probatoria de las pruebas atípicas es, pues, todo menos claro y seguro y, en todo caso, no es el referido al valor de las presunciones simples.

Más allá de estos problemas, no obstante, vale la pena preguntarse si es realmente necesario encontrar la forma de delimitar *a priori* la eficacia probatoria de las pruebas atípicas.

Quien desarrolla argumentos para ello, lo hace con la evidente finalidad de poner límites a los peligros de abuso ínsitos en una jurisprudencia que utiliza las pruebas atípicas de forma indiscriminada y sin criterios racionales de valoración[272]. No obstante, es necesario advertir que de esta forma se mezclan una preocupación práctica y una hipótesis teórica, proponiendo la segunda para responder a la primera, mientras que en el plano del análisis deberían mantenerse separadas[273].

En el plano teórico no hay exigencias que impongan la formulación de límites a la eficacia probatoria de las pruebas atípicas. No hay nada extraño en remitir la determinación de esa eficacia a la «prudente apreciación» discrecional del juez. Así, en función de la aceptabilidad de la fuente atípica de prueba y de las inferencias que de ella puedan extraerse en referencia al hecho, podrá suceder que se trate de una

269. V., *supra*, apartado 3.1.

270. Cf., en particular, Taruffo, *Prove atipiche*, cit., pp. 397 ss.; Id., *Note per una riforma*, cit., pp. 279 ss.; Chiarloni, *op. cit.*, pp. 851 ss.; Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 172 ss.

271. Al respecto, v. más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 3.1.

272. Esta preocupación es común a todos los que comparten la tesis de que las pruebas atípicas deberían ser equiparadas a las fuentes de presunción (v. nota 270) y también a quien sostiene su reducción a inferencias probatorias (v. nota 264).

273. Considero ahora *en este sentido* fundadas, modificando una opinión anterior, las críticas formuladas por Cavallone (*Critica della teoria*, cit., pp. 369 ss., 384), en la medida en que están dirigidas a mostrar que las perplejidades acerca del uso de las pruebas atípicas no pueden resolverse atribuyéndoles una eficacia de alguna manera reducida. Mantengo mi desacuerdo, en cambio, por las razones expuestas anteriormente (y también en *Note per una riforma*, cit., pp. 271 ss.), con los argumentos con los que Cavallone pretende demostrar la inadmisibilidad de las pruebas atípicas y sostener que esa inadmisibilidad no puede ser «compensada» reduciendo su eficacia probatoria. Este último argumento está justificado, pero no por las razones en las que piensa Cavallone, sino porque, al ser las pruebas atípicas en principio admisibles, no es necesaria compensación alguna en términos de reducción de su eficacia probatoria. Por otro lado, y como es evidente en el texto, sigo llegando a conclusiones opuestas a las propuestas por Cavallone. A partir de la imposibilidad de limitar la eficacia de las pruebas atípicas, él argumenta su inadmisibilidad: pero este argumento se expone a su vez a la objeción, ya planteada en el texto, de que no es posible deducir nada, a partir de la eficacia real o presunta de una prueba, sobre su admisibilidad (v. también la nota 257). Así pues, dado que las pruebas atípicas son en principio admisibles, la imposibilidad de equiparar su eficacia probatoria a la de las presunciones simples o de las inferencias probatorias significa simplemente que aquélla no está limitada *a priori*, es decir, que está sometida totalmente a la valoración discrecional del juez.

prueba con un grado de eficacia bajísimo, pero podrá suceder también que ese grado resulte muy elevado y que, por tanto, la prueba atípica sea por sí sola más que suficiente para fundar la determinación del hecho. La elección entre los dos supuestos extremos o cualquier otro supuesto intermedio deberá producirse en función de los mismos criterios racionales de análisis y valoración de la prueba que se aplican en cualquier otra situación[274]. Desde el punto de vista del análisis racional de la convicción del juez, no es teóricamente justificable ninguna regla limitativa de la eficacia de un elemento de prueba. No se percibe, en efecto, sobre qué premisa se puede fundar una regla según la cual una prueba atípica está dotada *a priori* de una eficacia menor que una prueba típica (excepto que se invoque la taxatividad del catálogo legal de las pruebas, ahora como un criterio discriminador en el plano de la eficacia de las pruebas, pero también en esta versión el argumento entero caería en un evidente círculo vicioso).

Otra cosa muy distinta es el peligro de que los jueces hagan un mal uso de la discrecionalidad que de esa forma les viene conferida. Sin embargo, éste no es un problema exclusivo de la valoración de las pruebas atípicas, ya que se plantea también, en los mismos términos, en toda el área, siempre más extendida, gobernada por el principio de la libre convicción del juez[275]. Además, éste es un problema *práctico* y *contingente*, dado que está vinculado con la forma en que *de hecho* los jueces de un ordenamiento específico usan las pruebas atípicas. Así, ocurre que en algunos ordenamientos está difundido el convencimiento de que los jueces hacen un mal usos de esas pruebas y se pretende poner remedio discutiendo el problema e intentando poner vínculos a la discrecionalidad ilimitada de esos jueces: éste es, evidentemente, el caso del ordenamiento italiano. En otros países, en cambio, no sucede nada de todo esto[276] y la eficacia de las pruebas atípicas no es un problema relevante, probablemente porque la *communis opinio* aprueba lo que hacen los jueces cuando usan dichas pruebas.

Está claro que, en la medida en que fuera correcto el diagnóstico acerca de los abusos que los jueces cometen en la utilización de las pruebas atípicas, estaría justificada la tendencia a ponerle remedio limitando cuanto fuera posible la posibilidad de que se produzcan esos abusos. Sin embargo, es lícito dudar de que la mejor forma para alcanzar esa finalidad de política jurídica consista en construir teorías que

274. Al respecto, v., *supra*, capítulo IV, 4.
275. V., más ampliamente, *supra*, apartado 2.3.
276. V. la nota 229.

pretendan delimitar *a priori* el grado de eficacia probatoria que debe atribuirse a las pruebas atípicas[277].

Por un lado, una operación de este tipo debería realizarse por parte del legislador y no por la doctrina: esto es, serían necesarias normas expresas y no construcciones teóricas para introducir reglas de prueba legal negativa dirigidas a limitar el grado de eficacia de las pruebas atípicas.

Por otro lado, es dudoso que la mejor forma de evitar los abusos en la utilización de estas pruebas consista, en todo caso, en limitar *a priori* su eficacia.

Es verdad que si se reduce el valor que puede atribuirse a la prueba atípica se reduce también el riesgo de que sea «sobrevalorada» por el juez[278], pero también es verdad que se alcanza este resultado mediante una distorsión de lo que sería el valor efectivo de la prueba y la eliminación de la posibilidad de que se realice una valoración racional de las pruebas atípicas aptas para fundar una determinación aceptable del hecho. En resumen, una regla de prueba legal negativa referida a las pruebas atípicas puede producir algún resultado, pero puede crear también numerosos inconvenientes desde el punto de vista de la utilización racional del material probatorio disponible. Además, por definición, una regla de este tipo implica una desviación respecto de cualquier criterio racional para la valoración de la prueba, precisamente en cuanto que regla de prueba legal que pretende eliminar la valoración discrecional de la prueba[279].

277. También sobre este punto rectifico mis tesis precedentes, que sostenían la oportunidad, además del fundamento jurídico, de una teoría restrictiva de la eficacia de las pruebas atípicas (v. al respecto, *Prove atipiche*, cit., pp. 397 ss., y *Note per una riforma*, cit., pp. 279 ss.).

278. Este riesgo no se limita, sin embargo, completamente: si una prueba atípica carece absolutamente de eficacia probatoria y, a pesar de ello, el juez la toma en cuenta como inferencia probatoria o como fuente de presunción; se está de todos modos ante un error en la determinación de la eficacia de la prueba.

279. Obsérvese que los mismos inconvenientes que se ponen de manifiesto para las pruebas atípicas y las mismas dificultades para resolverlos mediante normas de prueba legal negativas o limitativas surgen también respecto de las pruebas típicas. También respecto de éstas subsiste el riesgo de la valoración errónea, pero dicho riesgo no puede evitarse mediante normas abstractas. En efecto, este riesgo no afecta a la utilización de las pruebas atípicas porque son atípicas, sino porque —del mismo modo que las típicas— están sometidas a la valoración discrecional del juez. Entonces, el problema no es diferenciar las pruebas atípicas construyendo *para ellas* una regulación limitativa especial, sino que es —en términos mucho más generales— la alternativa entre libre convicción o prueba legal o el uso correcto de la valoración discrecional por parte del juez. La primera alternativa parece difícilmente configurable en los ordenamientos probatorios actuales, en los que el problema es más bien implementar de forma completa la regla de la libre convicción; por tanto, la única perspectiva asumible es la de elaborar criterios racionales y controles adecuados para la valoración del juez.

Está claro, por otra parte, que excluyendo esta técnica para evitar abusos no se excluyen en absoluto otras posibilidades al respecto. Al contrario, poniendo precisamente entre paréntesis la posibilidad de limitar la eficacia probatoria de las pruebas atípicas se pone en evidencia una perspectiva distinta y mucho más adecuada para racionalizar la convicción del juez.

La limitación del valor de las pruebas atípicas no está, pues, injustificada sólo teóricamente: también es prácticamente inadecuada. Por ello, la determinación del valor de la prueba atípica no puede ni debe estar vinculada por criterios legales predeterminados y debe, en consecuencia, dejarse a la valoración discrecional del juez[280]. No existe, pues, diferencia, desde esta perspectiva, entre las pruebas atípicas y las pruebas típicas sometidas a la libre valoración, en el sentido de que las pruebas de ambos tipos deben tener en el caso concreto la eficacia que deriva de su capacidad de fundar racionalmente la determinación del hecho. No hay nada extraño, pues, en que el hecho pueda ser determinado sobre la base de pruebas atípicas, o de una sola prueba atípica, o bien en que una prueba atípica se oponga o supere a una prueba típica o que resulte decisiva en el conflicto entre pruebas típicas. En realidad, resultados de este tipo no pueden suscitar perplejidad si la valoración de las pruebas —típicas y atípicas— se realiza mediante criterios racionales y controlables.

4. *Los controles sobre las pruebas*.–El tema de las pruebas atípicas, y también el más general de la libre convicción del juez, ponen de manifiesto un problema de gran importancia respecto de la amplísima porción del fenómeno probatorio que «no está cubierta» por ninguna regulación normativa. El problema se refiere al peligro, al que ya se ha hecho mención en diversas ocasiones[281], de que la discrecionalidad en la valoración que necesariamente caracteriza a ese ámbito se convierta en arbitrariedad subjetiva del juez que usa las pruebas. Es obvio que

280. Esto vale de forma general. No obstante, se podría conjeturar *alguna* norma de prueba legal que se refiriera a supuestos específicos y particulares de pruebas atípicas. Ahora bien, si se dieran razones válidas en contra del uso de pruebas específicas consideradas como no fiables o peligrosas, la técnica normativa más adecuada debería consistir en claras y específicas normas de inadmisibilidad, y no en normas dirigidas a vincular o a poner un «techo» a la valoración de la eficacia de esa pruebas. En realidad, si se sostiene que una prueba no es fiable o es peligrosa, el riesgo que conlleva se evita excluyéndola del proceso, no limitando su eficacia. Una alternativa distinta consiste en «tipificar» la prueba atípica regulando los requisitos para su formación y admisibilidad de forma que se reduzcan los riesgos que aquélla conlleva: esto es lo que se ha hecho en Francia con las *attestations*, sobre las que puede verse la nota 177.

281. V., *supra*, apartados 2.3 y 3.2.

existe este peligro y, además, toda la historia del derecho de las pruebas, en el ordenamiento italiano y en los demás, podría leerse como la historia de los intentos del legislador o de la doctrina por prevenir o, al menos, limitar la arbitrariedad del juez que decide sobre los hechos en la valoración de las pruebas.

Se plantea, desde esta perspectiva, el tema de los controles sobre el uso de las pruebas por parte del juez, es decir, de las modalidades mediante las que ese uso puede considerarse dentro de los límites de aceptabilidad sin dar lugar a degeneraciones. En parte, este tema ya ha sido afrontado, aunque sea desde un ángulo distinto, de modo que no vale la pena repetir ahora observaciones ya realizadas: es el caso de la regulación jurídica de la admisibilidad de los medios de prueba, que a menudo se dirige en gran parte a prevenir errores en la valoración de las pruebas, excluyendo *a priori* aquellas que el legislador considera de alguna forma peligrosas[282]; también es el caso de la regulación jurídica de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigida a garantizar *in itinere* la aceptabilidad de la prueba[283]; finalmente, es también el caso de las reglas de prueba legal, que excluyen la valoración discrecional del juez y encuentran, precisamente en ello, una posible racionalidad[284].

Por otra parte, como también se ha dicho ya, estas técnicas no agotan el problema, aunque sólo sea porque —por definición— no pueden afectar al ámbito que aquí se está tomando en consideración, caracterizado precisamente por no estar sometido a la regulación normativa de los distintos medios de prueba.

De ahí la necesidad de preguntarse si únicamente aquellas técnicas normativas pueden instaurar controles sobre la utilización de las pruebas y si, por tanto, el área no cubierta por esa regulación es una *terra incognita* carente de todo punto de referencia, o bien si —al contrario— existen controles distintos y ulteriores respecto de la regulación específica de los concretos medios de prueba previstos por la ley y aptos, en consecuencia, para poder ser aplicados también en el área en la que domina la valoración discrecional del juez.

La respuesta a esta pregunta es positiva: existen controles aplicables también allí donde no opera la regulación legal específica de las pruebas y éstos parecen idóneos, al menos en principio, para evitar que la discrecionalidad del juez se traduzca en arbitrariedad.

282. V., *supra*, apartado 2.1.
283. V., *supra*, apartado 2.1.
284. V., *supra*, apartado 2.3.

4.1. *Los criterios de control racional*.–Un primer tipo de controles se refiere directamente a la racionalidad de la valoración de las pruebas, en el sentido de que los criterios de racionalidad operan como criterios de control sobre la fundamentación del razonamiento del juez. Esta función de la racionalidad puede explicarse esencialmente de dos formas: *ex ante*, en la medida en que el juez controle el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas desarrollándolo mediante criterios racionales o, en todo caso, dando cada paso, además del razonamiento completo, sobre la base de esos criterios. *Ex post*, en la medida en que la validez del razonamiento del juez puede ser verificada posteriormente por otros sujetos, mediante los mismo criterios, através del control sobre la motivación del juicio de hecho[285].

Respecto de la individualización de los criterios de racionalidad que pueden servir de controles para la valoración de las pruebas, no es evidentemente posible indicar una lista completa de los mismos, vinculante y válida para todos los contextos y para todos los sistemas. Está claro, por un lado, que el propio concepto de racionalidad es complejo y variable en los distintos contextos de experiencia y, por otro lado, que está directamente influenciado por numerosos factores de tipo cultural general, así como por presupuestos filosóficos asumidos por quien, en cada caso, lo define. Así, por ejemplo, pueden existir concepciones «fuertes» de racionalidad, como las que se explican en la lógica formal y algunas veces en la ciencia empírica[286], y concepciones «débiles» de la racionalidad como razonabilidad, como las que se encuentran en las llamadas ciencias humanas y, en particular, en el ámbito de la moderna teoría del razonamiento jurídico[287]. Es más, precisamente en esa teoría el uso de concepciones menos rigurosas de la racionalidad permite recuperar el valor de la argumentación racional[288]; el uso de concepciones fuertes, en cambio, mostraría su inaplicabilidad al razonamiento jurídico, con la consecuencia de que éste quedaría relegado al ámbito de la irracionalidad[289].

285. V., *infra*, apartado 4.3.
286. Sobre la presencia de modelos «débiles» en las recientes teorías de la ciencia y sobre sus analogías con los modelos de razonamiento jurídico, v. Villa, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 24 ss., 46 ss., 217 ss.
287. Cf., en particular, Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 185 ss., 213 ss. [tr. cast., *Lo racional como razonable*, cit., pp. 236 ss., 272 ss.], sobre el fundamento racional/razonable del conocimiento.
288. Cf. Aarnio, *op. ult. cit.*, *locc. citt.* La misma orientación está presente, aunque sea en formas distintas, en todas las teorizaciones recientes del razonamiento jurídico, sobre las que pueden verse referencias bibliográficas en la nota 97.
289. Sobre el riesgo de esta aproximación, con especial referencia al problema de la prueba, cf. Twining, *Some Scepticism*, cit., p. 122.

El hecho de que no pueda identificarse un concepto absoluto de racionalidad no implica que no se puedan indicar criterios razonables de racionalidad de la valoración de las pruebas, con la advertencia de que no deben ser entendidos como un elenco completo y taxativo, sino simplemente como la indicación de las condiciones en cuya ausencia resulta probablemente imposible hablar de valoración racional.

A) Un primer criterio, obvio pero que en todo caso vale la pena enunciar, es que la valoración de la prueba no se realice con métodos calificados como irracionales por la cultura común del contexto social en el que la decisión se formula. Si un juez decidiese sobre el hecho afirmando que está iluminado por alguna divinidad o mediante una sesión de espiritismo, ello bastaría para excluir la racionalidad de la valoración de las pruebas[290]. Este criterio es aparentemente banal, pero no lo es tanto si se tiene en cuenta la difusión de teorías que reconducen la valoración de la prueba a criterios como la intuición subjetiva o la certeza moral[291]: éstos son menos ridículos que la referencia a la sesión de espiritismo, pero no son menos irracionales que ésta.

B) En contraposición al uso de métodos irracionales, un criterio de racionalidad consiste en la utilización adecuada de todos los datos empíricos disponibles.

Más allá de las complicaciones teóricas que pueden surgir en referencia a la definición del «dato empírico», está claro que la determinación del hecho se basa en datos empíricos que, en el lenguaje jurídico, asumen a menudo el nombre de «medios de prueba»[292]. Puede tratarse de una cosa, de una persona, de una declaración, de un documento, etc., pero en todo caso siempre se trata de elementos controlables y verificables mediante criterios intersubjetivos. Es racional la valoración que toma en cuenta los datos empíricos disponibles y se funda sobre ellos; no es racional la valoración que no toma en cuenta esos datos[293] o que se opone a ellos.

290. Cavallone, *Critica della teoria*, cit., pp. 358 y 360, nota 52, se refiere a la sesión de espiritismo o a las ordalías, pero lo hace para reconocer que nadie propondría hoy su utilización, ni siquiera en ausencia de normas que las declararan expresamente inadmisibles.
291. Al respecto v., *supra*, apartados 1 y 2.3. y, más en general, el capítulo I.
292. V., *infra*, capítulo VI, 1.
293. La Corte de Casación italiana, en materia de control sobre la motivación, admite, en cambio, que la determinación del hecho se base *únicamente en algunos* de los elementos de prueba disponibles: v., más ampliamente, Taruffo, *Il controllo sulla motivazione della sentenza civile*, ahora en Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, pp. 126 ss.

C) Dado que la valoración de las pruebas supone generalmente un razonamiento complejo, es necesario que se usen en ella esquemas adecuados de argumentación, aptos para fundar la validez racional del paso de un punto a otro del razonamiento. Esto equivale a decir que un criterio importante de racionalidad consiste en las reglas de inferencia entre proposiciones relativas a hechos. Ello supone, por un lado, el reconocimiento de la naturaleza inferencial del paso de una a otra proposición y, por otro lado, que ese paso sólo se considere válido si es válida la inferencia respectiva, en función de las características de sus elementos (de modo que habrá, por ejemplo, inferencias deductivas y más a menudo inductivas, con sus respectivas condiciones de validez lógica, en función de la naturaleza de las proposiciones que entren en juego o de la estructura del razonamiento que sobre ellas se efectúe). Así pues, un razonamiento es racional si son válidos los pasos inferenciales que lo componen[294], y una valoración es irracional si no se formulan sus respectivas inferencias o éstas no son válidas.

D) Normalmente, los eslabones de las inferencias que se formulan en el razonamiento probatorio están constituidos por las máximas de experiencia (o por nociones equivalentes), que funcionan precisamente como criterios de inferencia en el paso de un hecho a otro[295]. Tratándose, como es conocido, de nociones o reglas de contenido muy diverso, dotadas de estructura lógica y significados cognoscitivos distintos y a menudo vagos e indefinibles, parece evidente que no todo razonamiento basado en máximas de experiencia es ya sólo por ello aceptable[296]. Resulta necesario, en cambio, pensar en un criterio de racionalidad para el uso de las máximas, que podría formularse así: por un lado, tienen que utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media del lugar y del momento en el que se formula la decisión, resultando por ello aceptables como criterios de inferencia; por otro lado, la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza específica de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias «ciertas» sobre la base de máximas no generales, ni inferencias «cognoscitivas» mediante máximas que expresen únicamente valoraciones. En resumen, la validez racional de las inferencias basadas en máximas de experiencia depende del análisis crítico de las máximas que en cada caso sean utilizadas[297].

294. Sobre la estrctura inferencial del razonamiento probatorio v., en general, el análisis que se realiza en el capítulo IV.
295. Sobre el papel de las máximas de experiencia en las inferencias sobre la prueba v., *supra*, capítulo III, 3.4 y capítulo IV, 2.2 y 2.3. V. también, *infra*, capítulo VI, 2.1, 3.1 y 3.5.
296. Cf. Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d'esperienza»*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 123 ss.; Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, en *Foro It.*, 1974, V, 88 ss.; Id., *La motivazione*, cit., pp. 242 ss.

E) En referencia a las inferencias inductivas, que tienen un papel esencial en el contexto del razonamiento probatorio, es frecuente la remisión a la probabilidad como concepto que sirve para calificar el resultado de la inferencia no deductiva[298]. Dado que, por otra parte, existen diversos conceptos de probabilidad y que no todos ellos son aplicables correctamente a las inferencias en materia de prueba[299], se puede pensar en un criterio de racionalidad que verse sobre las condiciones de utilización apropiada del razonamiento probabilístico, excluyendo el uso de nociones vagas e inaceptables de la probabilidad y reconduciendo al ámbito que le es propio el uso de la probabilidad estadística[300].

F) Del mismo modo que existen condiciones de racionalidad para el control de las inferencias probatorias concretas, que permiten verificar la fundamentación de la eficacia atribuida a cada medio de prueba, también existen otras condiciones que se refieren a la racionalidad de la valoración conjunta de diversos elementos de prueba. Esta valoración es analizable sobre la base de esquemas lógicos complejos, que ya han sido examinado anteriormente[301]. Ahora es necesario únicamente subrayar que existen condiciones mínimas a las que puede reconducirse la racionalidad de la valoración conjunta de diversos elementos de prueba, con la premisa obvia de que éstos pueden ser distintos entre sí y de que cada uno de ellos puede ser la base sobre la que se formulen inferencias distintas acerca del hecho a probar.

Una de esas condiciones es que la valoración tome en consideración todos los elementos de prueba disponibles y relevantes para la determinación positiva o negativa del hecho; resultaría, en efecto, irracional no tener en cuenta algunos elementos, especialmente, cuando éstos sean contrarios a la conclusión que el juez «quiere» conseguir[302].

Otra de las condiciones es que la valoración se base en un razonamiento internamente coherente, es decir, un razonamiento en el que

297. Sobre el control relativo de la utilización de las máximas de experiencia en el juicio de hecho v., más ampliamente, también para referencias bibliográficas adicionales, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 520 ss.
298. V., *supra*, capítulo III, 1 y 3.
299. Sobre estos problemas v., *supra*, capítulo III, 3 y 4.
300. V., *supra*, capítulo III, 3.3 y 3.4.
301. V. capítulo IV, 3.
302. V. capítulo IV, 4 y 4.4.

no hayan contradicciones como las que se producen cuando la misma circunstancia se considera contemporáneamente verdadera y falsa o el mismo elemento de prueba es considerado contemporáneamente aceptable e inaceptable[303].

Finalmente, una condición adicional es que no se presenten contradicciones entre los resultados de la valoración conjunta de las pruebas. Obviamente, las pruebas pueden ser diversas y también contradictorias: esto es normal y, es más, constituye el verdadero problema de su valoración. Es también obvio que la valoración de las pruebas a los efectos del juicio sobre el hecho implica la asunción de la hipótesis sobre el hecho que dispone de elementos de confirmación que prevalecen sobre los relativos a otras hipótesis distintas o contrarias[304]. La contradicción entre los elementos de prueba considerados *ex ante* es fisiológica y, por tanto, razonable[305]. No obstante, esta contradicción debe resolverse en la valoración de las pruebas porque ésta, es decir, el juicio sobre el hecho, debe producir un resultado *unívoco*, aunque —evidentemente— basado en un criterio de aceptabilidad prevaleciente. Es, pues, racional la valoración de diversos elementos de prueba que resuelva sus contrastes identificando unívocamente la hipótesis más aceptable; es irracional, en cambio, la valoración que no resuelve los contrastes y, por tanto, no identifica una solución unívoca. Es también irracional la valoración que se oponga a los elementos de prueba, es decir, que favorezca la hipótesis dotada de un grado de confirmación inferior al que se atribuye a otra hipótesis distinta o contraria[306].

Como ya se ha dicho anteriormente, este elenco de condiciones puede no ser completo, dado que no es imposible imaginar concepciones más «fuertes» de la racionalidad del razonamiento probatorio. De todos modos, al menos puede considerarse irracional la valoración de las pruebas que no tenga en cuenta esos criterios o que se oponga a ellos.

Su utilización no implica, por otra parte, la eliminación de la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas y, por tanto, no cabe analogía alguna entre esos criterios y las reglas de prueba legal. En cambio, esos criterios permiten trazar una distinción entre la discrecionalidad absoluta, que como tal carece de criterios y de controles y es, pues, sustancialmente equivalente a la arbitrariedad subjetiva, y la discrecionalidad guiada, es decir, vinculada por el empleo de criterios

303. V. capítulo IV, 4.3 y 4.4.
304. V. capítulo IV, 4.2.
305. V. capítulo IV, 3.3.
306. V. capítulo IV, 4.2.

racionales de control[307]. Evidentemente, en el ámbito de esta última concepción de la discrecionalidad el principio de la libre convicción del juez deja de ser un *quid ineffabile* y se convierte en la premisa para un uso racional de los medios de prueba.

A la perspectiva que aquí se ha asumido, basada en la funcionalidad de los criterios racionales, al menos minimales, en la valoración de las pruebas, se puede oponer —como algunas veces se hace— una orientación de desconfianza más o menos radical sobre la posibilidad de que el juez valore racionalmente las pruebas[308]. Sin embargo, ésta es una objeción que prueba muy poco y que, en cualquier caso, se sitúa en un plano distinto del que aquí se ha adoptado. Prueba poco porque, si se parte de la premisa de que la decisión deriva siempre de motivos irracionales, sería necesario concluir que es irracional incluso la decisión sobre el derecho y aquella tomada sobre la base de normas de prueba legal. Por otra parte, las orientaciones radicalmente irracionalistas o escépticas sobre la racionalidad en cualquiera de sus formas (lo que es más o menos lo mismo) se remiten habitualmente a premisas culturales que trascienden ampliamente la problemática de las pruebas y de la decisión judicial[309]. Estas orientaciones pueden tener interesantes presupuestos culturales o existenciales, pero tienen el efecto de impedir cualquier análisis sensato de esta problemática: aunque sólo sea por esta razón —y prescindiendo de cualquier otra consideración— parece oportuno no dejarse condicionar por ellas en el estudio del razonamiento probatorio. Queda claro, por otra parte, que la idea de una discrecionalidad guiada por cánones racionales no presupone necesariamente ninguna fe ingenua en la razón del hombre y del juez; mucho más simplemente, aquélla puede basarse en una metodología relativista, confirmada por los resultados alcanzados en otros campos de la experiencia jurídica y no jurídica[310].

4.2. *El principio de contradicción entre las partes*.–Los controles racionales no son únicamente los que se refieren al uso y a la valoración de las pruebas. Dado que la prueba se utiliza para determinar los

307. V., *supra*, apartados 2.3 y 3.2 en este capítulo
308. Cf., por ejemplo, Cavallone, *Critica della teoria*, cit., pp. 394 ss.; Id., *Oralità*, cit., p. 458, nota 32. Al respecto, v. algunos comentarios en Taruffo, *Note per una riforma*, cit., pp. 257 y 269 s., nota 76.
309. Un análisis crítico eficaz de estas orientaciones puede verse en Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass.-London, 1986, pp. 28 ss. Del mismo modo, una crítica a los diversos escepticismos en materia de pruebas puede encontrarse en Twining, *Some Scepticism*, cit.
310. V., *supra*, capítulo III, 1 y capítulo IV, 1.

hechos en el ámbito del proceso, es necesario pensar también en la posibilidad de controles procedimentales, es decir, derivados del contexto procesal en el que la prueba es utilizada.

Desde esta perspectiva parece en especial relevante un control procedimental preventivo respecto de la decisión, que deriva de la implementación del principio de contradicción entre las partes. La garantía de ese principio es ya reconocida como uno de los elementos fundamentales del proceso civil y la posibilidad para las partes de intervenir preventivamente en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia es una característica estructural del proceso, según la perspectiva centrada en la efectividad de las garantías[311]. En esa línea, la regla del contradictorio manifiesta una serie de implicaciones, entre las que asumen particular importancia las que la vinculan con la adquisición y la valoración de las pruebas a los efectos de la decisión sobre el hecho. Precisamente desde este punto de vista, se hace evidente la función de la garantía de la contradicción como implementación de controles, disponibles para las partes, sobre el uso de las pruebas por parte del juez. No es casualidad que se tienda a sostener el principio según el cual la decisión debería basarse únicamente en los elementos discutidos por las partes en el curso del proceso[312] y está claro que un principio de este tipo resulta importante a propósito de la decisión sobre el hecho.

A pesar de que ya no se duda del alcance general del principio de contradicción entre las partes, no siempre son claras las modalidades con las que ese principio puede funcionar como instrumento de control sobre la utilización de las pruebas por parte del juez y sobre su valoración, de forma que vale la pena desarrollar al respecto alguna reflexión más específica.

a) La regla del contradictorio puede funcionar, ante todo, como control en la identificación del material probatorio destinado a constituir la base para la decisión. Ésta constituye, en realidad, el fundamento de dos actividades de las partes que implican otras tantas formas de control sobre la fase en que se perfila el área de los medios de prueba que serán adquiridos en el proceso: la primera de esa actividades consiste en contestar la admisibilidad y la relevancia de las pruebas propuestas por la otra parte o ordenadas de oficio por el juez; la segunda consiste en la proposición de pruebas contrarias a las propuestas por la otra parte o dispuestas de oficio por el juez.

311. En general, también para abundantes referencias bibliográficas, v., entre lo más reciente, Comoglio, *Contraddittorio*, cit., pp. 1 ss.

312. Cf. Comoglio, *op. ult. cit.*, p. 26.

La primera actividad supone la implementación de un control porque pretende asegurar que se apliquen correctamente las reglas lógicas (es decir, el criterio de relevancia) y jurídicas (esto es, las normas sobre la admisibilidad) que regulan la admisión de pruebas al proceso[313]. Independientemente de cuál sea el contenido de esas reglas (en especial de las normas de exclusión de los medios de prueba), se puede decir que una condición de corrección de la determinación judicial del hecho consiste en la aplicación de las reglas destinadas a seleccionar las pruebas utilizables.

La segunda actividad supone, a su vez, la implementación de un control, ya que frente a las pruebas admitidas (y deducidas por la otra parte u ordenadas por el juez), consiste en la introducción en el proceso de pruebas destinadas a confirmar una versión distinta o contraria del hecho[314]. Por así decirlo, la deducción de pruebas contrarias tiende a ofrecer elementos de confrontación y de contradicción respecto del resultado de las pruebas positivas: precisamente esta posibilidad de confrontación supone una posibilidad de control, dado que la verificación de la aceptabilidad de una prueba se realiza mejor contrastándola con una prueba contraria[315]. En todo caso, la deducción de pruebas contrarias está destinada a enriquecer el material probatorio sobre el que se basará la decisión y, por tanto, opera en la línea de incrementar la base cognoscitiva de la determinación del hecho.

Es, por tanto, lícito pensar que los ordenamientos positivos implementan grados distintos de control sobre la composición inicial del material probatorio, en función del grado de efectividad de la garantía del principio de contradicción en materia de admisión de las pruebas.

b) Un aspecto adicional en el que esta garantía opera como un importante momento de control es el de la formación de las pruebas. Resulta intuitivo, en efecto, que es posible evitar interferencias indebidas, y en particular las que se derivarían de la influencia arbitraria del juez, si las partes están en situación de participar plenamente, jugando un papel activo, en el procedimiento de formación de la prueba[316]. Es

313. Sobre la naturaleza y el contenido de estas reglas v., *supra*, apartado 2.1 en este capítulo. Sobre la función del principio de contradicción respecto de la admisión de las pruebas v., en especial, Tarzia, *Problemi del contraddittorio*, cit., pp. 638 ss.

314. Sobre el derecho a la prueba contraria v., más ampliamente, Taruffo, *Il diritto alla prova*, cit., pp. 98 ss. En particular, sobre la deducción de pruebas contrarias respecto de las ordenadas de oficio por el juez cf. Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 643 ss., y Taruffo, *ivi*, p. 99.

315. Para el análisis de la relación entre pruebas directas y contrarias desde el punto de vista lógico v., *supra*, capítulo IV, 1.2, 1.3 y 3.3. V. también el capítulo VI, 2.2.

316. Al respecto, cf., en general, Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 645 ss.

en este ámbito donde las partes pueden colaborar en la creación de pruebas aceptables, empleando sus conocimientos y sus facultades defensivas para evitar que se formen pruebas que no sean aptas para fundar una decisión sobre el hecho correcta. No es casualidad que una de las razones principales por las que la ley regula el procedimiento de formación de determinados medios de prueba es, precisamente, la introducción de garantías procedimentales adecuadas para asegurar la aceptabilidad de la prueba[317]. Entre los instrumentos que se adoptan para este fin, corresponde un papel importante al principio de contradicción entre las partes. La contradicción en la formación de las pruebas, en realidad, no tiene únicamente la función formal de «completar» la implementación de la garantía de la defensa, sino también, y especialmente, la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar *in itinere* la calidad de la prueba que se forma.

Es necesario, sin embargo, observar que el problema no se agota con la remisión al principio general de contradicción entre las partes y tampoco con la referencia a la forma en que éste se implementa en un u otro ordenamiento positivo.

Por un lado, conviene recordar, como ya se ha aclarado anteriormente, que el principio de contradicción entre las partes en la formación de las pruebas no puede ser entendido como una condición general y absoluta de utilizabilidad del medio de prueba. Aparte de la discutida categoría de las pruebas atípicas, hay también numerosas pruebas típicas que no se forman mediante la contradicción entre las partes, porque las partes no participan o no participan ambas, en su formación; sin embargo, nadie duda razonablemente de la posibilidad de utilizar estas pruebas para la determinación del hecho[318]. Por ello, la regla de la formación de la prueba mediante la contradicción entre las partes vale sólo *en el proceso*, es decir, para las pruebas denominadas de formación procesal, que se crean precisamente en el proceso. Para el resto de las pruebas se plantea también un problema de garantía de la contradicción, pero no en referencia a su formación sino a su valoración.

Por otro lado, debe observarse también que las reglas procesales sobre la formación de las pruebas no siempre aseguran del mejor modo la contradicción entre las partes y la función de control que ésta puede llevar a cabo sobre la calidad de la prueba. En efecto, hay casos en los que la implementación absoluta de la contradicción entre las partes permite excesos de *contentiousness* que se vuelven contra la finalidad

317. V., *supra*, apartado 2.2 en este capítulo.
318. V., *supra*, apartado 2.2 y 3.1 en este capítulo.

consistente en la creación de pruebas aceptables: es el caso de las degeneraciones de la *cross-examination* norteamericana, que parte como un instrumento para la búsqueda de la verdad mediante la contradicción y acaba a menudo siendo una oportunidad para un enfrentamiento que no está orientado en absoluto hacia la determinación de la verdad[319]. En cambio, existen casos en los que el papel de las partes en la asunción de las pruebas queda reducida, *de iure* o *de facto*, a una participación poco más que formal, con la consecuencia de que se reduce enormemente su función de control sobre la formación de la prueba: es el caso de la asunción de la prueba testifical en el ordenamiento italiano (no modificada por las reformas recientes), que oscila entre modelos autoritarios y la inamovible *routine* burocrática y que, en cualquier caso, no asegura un control efectivo sobre la calidad de la prueba en el curso de su asunción[320].

c) El principio de contradicción entre las partes desarrolla una importante función de control adicional cuando tiene por objeto influir en la valoración de las pruebas por parte del juez. En ese sentido, se explica plenamente la función del principio de contradicción como garantía procedimental previa a la decisión, es decir, como posibilidad para las partes de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión[321].

En lo que respecta específicamente a la problemática de las pruebas, algunos aspectos merecen ser subrayados, supuesta la premisa general de que las partes tienen que poder controlar *ex ante* la valoración de la prueba desarrollando argumentaciones sobre la eficacia que le debe ser atribuida[322].

Por un lado, es evidente que esta manifestación del principio de contradicción resulta particularmente importante cuando se trata de

319. V., *supra*, nota 88.
320. V., más ampliamente, Taruffo, *Prova testimoniale*, cit., pp. 752 ss.
321. Sobre este aspecto esencial del principio de contradicción cf. Comoglio, *op.* y *loc. ult. cit.*, también para referencias bibliográficas adicionales.
322. Debe subrayarse, por otra parte, que este control y, en general, el principio de contradicción referido a la eficacia de la prueba pierden significado siempre que entran en juego las pruebas legales. Estando la eficacia legal de la prueba predeterminada por la ley, ésta no está en discusión: no habiendo valoración discrecional, también la contradicción resulta inútil. Dado que, además, como ya se ha destacado anteriormente (v. el apartado 2.3 en este capítulo), la prueba legal tiene habitualmente un efecto «destructivo» sobre las otras pruebas, ya que reduce a cero su eficacia, también resulta inútil la discusión sobre la valoración de estas pruebas. Así pues, la función del principio de contradicción que se discute en el texto es sólo significativa respecto de pruebas sujetas a la valoración discrecional del juez. Cf. Ferri, *op. cit.*, pp. 101 s.

pruebas que no se crean mediante la contradicción entre las partes, en especial dado que habitualmente estas pruebas no están sometidas siquiera a una criba preliminar de admisibilidad[323]. Como ya se ha visto, no hay motivo para excluir —por estas razones— esas pruebas del conjunto de los elementos de convicción que pueden ser empleados para la determinación del hecho; está claro, sin embargo, que precisamente la falta de contradicción en la formación del elemento de prueba hace aún más indispensable su implementación en la valoración de la eficacia de ese elemento.

Por otro lado, y en referencia a cualquier medio de prueba, la contradicción entre las partes respecto de la valoración de las pruebas sirve específicamente como instrumento de control de los poderes discrecionales del juez. Esto es así en la medida en que permite a las partes indicar los criterios en función de los cuales deberían ejercitarse esos poderes y, en cualquier caso, elaborar preventivamente argumentaciones defensivas al respecto.

Así, por ejemplo, el poder del juez de escoger discrecionalmente, entre el material probatorio adquirido en el proceso, los elementos que considera relevantes para la decisión puede justificarse sobre la base del principio de la libre convicción[324]. La diferencia entre un ejercicio tendencialmente arbitrario y un ejercicio razonable y «controlado» de este poder se sitúa en la posibilidad para las partes de conocer, y discutir antes de la decisión, las correspondientes elecciones del juez. No es casualidad que el problema haya sido sometido en estos últimos años a una discusión detallada, no sólo porque constituye uno de los puntos centrales de implementación de la garantía de la defensa, sino también especialmente porque el principio de la contradicción entre las partes se configura como un remedio preventivo esencial respecto de fenómenos como la «tercera vía» de decisión sobre el hecho, con sus respectivos peligros de abuso[325]. El hecho de que el legislador de la reforma del cod. proc. civ. it. de 1990 no haya prestado la más mínima atención a estos problemas[326] no supone que no sean muy relevantes

323. V., *supra*, apartados 2.1 y 2.2 en este capítulo.
324. V., *supra*, apartado 2, y cf. Taruffo, *Note per una riforma*, cit., pp. 265 ss.
325. Cf., en particular, Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 654 ss.; Montesano, *op. cit.*, pp. 233 ss., y ampliamente Ferri, *op. cit.*, pp. 82 ss., 101 ss.
326. El nuevo artículo 183 reproduce textualmente, en su tercer párrafo, el antiguo segundo párrado del artículo 183, disponiendo que el juez indique de oficio a las partes las cuestiones relevantes cuya discusión considera oportuna (cf. al respecto, en sentido crítico, Taruffo, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 300. Cf. también Cecchella, *Contraddittorio e preclusioni (note intorno alla novella sul processo civile)*, en *Giust. civ.*, 1991, II, pp. 457 ss.; Tarzia, *Lineamenti*, cit., p. 85;

en el contexto de una posible racionalización de los poderes del juez en la determinación del hecho. Es particular, parece necesario que se asegure la contradicción entre las partes, antes de la decisión, precisamente sobre las elecciones con las que el juez determina los elementos de prueba con los que pretende fundar la decisión. Esto es especialmente importante cuando se trata de elementos que se hayan sometido a la contradicción entre las partes en el momento de la formación o de la admisión, o bien cuando (como en el caso de las presunciones simples) se trata de elementos que típicamente «se forman» en el momento de la decisión[327].

El problema de la previa contradicción entre las partes sobre la eficacia de las pruebas y, por tanto, sobre la posible valoración que el juez deberá hacer de ellas se plantea también, en términos generales, para las pruebas previamente individualizadas como relevantes a los efectos de la decisión y para las pruebas admitidas y formadas mediante la contradicción entre las partes.

En cualquier caso, en efecto, la valoración de la prueba implica que la eficacia que le es atribuida dependa de una elección discrecional del juez y esa elección supone el riesgo de que la discrecionalidad degenere en arbitrariedad. Al respecto, pues, resulta siempre necesario admitir que las partes puedan intervenir previamente avanzando y justificando sus propias hipótesis, tendencialmente distintas y opuestas, sobre la eficacia que debe atribuirse a las pruebas a los efectos de la determinación del hecho[328]. El juez no está, obviamente, vinculado a ninguna de estas hipótesis y tampoco está constreñido a elegir únicamente entre las posibilidades planteadas por las partes[329]; sin embargo, las hipótesis plan-

Consolo, Luiso y Sassani, *op. cit.*, p. 91). Con ello, el legislador de la reforma no ha tomado en cuenta el hecho de que la norma ha sido siempre inaplicada, ni las sugerencias de la doctrina, ya sea en el sentido de configurar un deber preciso del juez de provocar la contradicción entre las partes, ya sea en el sentido de extender el objeto de ese deber mucho más allá de las «cuestiones» en sentido técnico. Sobre estos problemas cf. el amplio análisis de Ferri, *op. cit.*, pp. 8 ss., 18 ss., 49 ss., 91 ss.; en sentido crítico respecto de las tesis más rigurosas cf. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*. 1987, pp. 569 ss., y también la réplica al respecto de Ferri, *Sull'effettività del contraddittorio*, *ivi*, 1988, pp. 780 ss.
327. Cf., en particular, Ferri, *Contraddittorio*, cit., pp. 105 ss.
328. Esto no implica, obviamente, que el juez deba formular anticipadamente sus hipótesis sobre la valoración de la prueba para que las partes puedan discutir sobre ellas antes de la decisión. Sin embargo, las partes tienen que tener la posibilidad de someter al juez *sus propias* hipótesis sobre la eficacia de las pruebas (v., en el mismo sentido, Ferri, *op. ult. cit.*, p. 103.).
329. Esto es así en el sistema italiano, pero los términos del problema pueden variar en función de la intensidad con la que se aplique el principio del dominio de las partes sobre el proceso o bien de la amplitud de los poderes decisorios que se reconozcan al

teadas por las partes pueden constituir elementos de juicio precisamente en la medida en que ponen en evidencia posibilidades distintas de decisión, así como sus respectivos puntos de apoyo y de crítica. En este sentido, la contradicción previa entre las partes sobre las hipótesis de valoración de las pruebas puede ser un factor relevante de racionalización y de control preventivo de la discrecionalidad del juez.

Individualizadas así las modalidades con las que la contradicción entre las partes puede desarrollar una función de control procedimental *ex ante* sobre la utilización y la valoración de las pruebas por parte del juez, es necesario, no obstante, precisar que esta función no está automáticamente implícita en la dialéctica procesal de las partes respecto de las pruebas y de la determinación del hecho. Esa función, necesaria para que se alcance un juicio de hecho correcto, aceptable y racional, puede cumplirse efectivamente en la medida en que las partes, además del juez, inspiren en criterios de racionalidad sus argumentaciones en materia de pruebas. Si son, especialmente, las partes las que utilizan las reglas de análisis racional de las pruebas, como las que han sido enunciadas anteriormente[330], entonces la contradicción puede ofrecer realmente al juez los elementos para una valoración racional: de esa forma, las partes pueden influir en las elecciones del juez, dirigiéndola sobre los caminos de la racionalidad y no sobre los del subjetivismo incontrolado. Es más, idealmente las partes deberían poder influir sobre la decisión, en la medida en que someten al juez hipótesis racionales, aunque obviamente distintas, de valoración de las pruebas.

Está claro, no obstante, que esto no sucede y que se abren espacios indefinidos de discrecionalidad incontrolada, siempre que la contradicción entre las partes se transforma en una lucha sin exclusión de golpes o en un ejercicio de retórica dirigido a influir en el juez más que a someterle argumentos racionales[331].

En ciertos aspectos, el juez necesita la racionalidad de las partes para ser, a su vez, racional en la valoración de las pruebas: si las partes no utilizan correctamente las posibilidades que ofrece el principio de contradicción la garantía se reduce a una mera ocasión de litigio y el juez tiene menos razones para ser, en solitario, racional.

juez. Al respecto, v., ampliamente, Damaška, *op. cit.*, pp. 207 ss., 237 ss., 276 ss., 289 ss. No está excluido, pues, y de hecho ocurre en el proceso angloamericano, que se configure una suerte de vínculo del juez a escoger la decisión sobre el hecho entre las hipótesis planteadas por las partes: cf. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 4, 44 ss.; Jolowicz, *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, en Cappelletti y Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York, 1975, p. 188.

330. V. apartado 4.1 en este capítulo.

331. De nuevo es relevante desde esta perspectiva la distinción entre las concepciones retórica y cognoscitiva de la prueba, sobre las que puede verse, *supra*, apartado 1.4 en este capítulo.

4.3. *La motivación del juicio sobre los hechos*.–Junto al control *ex ante* que se asegura mediante la contradicción hay también una posibilidad de control *ex post* que puede ejercerse a través de la motivación de la sentencia.

Es conocido, en realidad, que también la motivación es objeto de una garantía específica, algunas veces formulada por normas constitucionales, y que su principal función consiste en hacer posible un posterior control sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión[332].

Es también habitualmente aceptada la tesis de que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable[333].

La motivación es, pues, una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión.

Estos principios generales son válidos también en referencia a la valoración de las pruebas y al juicio sobre el hecho. No cabe duda, en realidad, de que también la motivación sobre los hechos es necesaria, como la motivación sobre el derecho aplicado, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas[334].

332. Cf., en general y para referencias bibliográficas adicionales, Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 370 ss., 392 ss. y, recientemente, Id., *Motivazione. III) Motivazione della sentenza — Dir. proc. civ.* y *VI) Motivazione della sentenza — Dir. comp. e stran.*, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990. Para un panorama comparado y ulteriores indicaciones cf. Bergholtz, *Ratio et Auctoritas: A Comparative Study of the Significance of Reasoned Decisions with Special Reference to Civil Cases*, en *Scand. St. in Law* 33, 1989, pp. 11 ss. Entre lo más reciente, cf. Comanducci, *La motivazione in fatto*, en *La conoscenza del fatto nel processo penal*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1993, pp. 215 ss.

333. V., más ampliamente, Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 107 ss.

334. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 437 ss., 501 ss. Sobre las vinculaciones entre motivación del juicio sobre el hecho y garantías del derecho a la prueba y de la contradicción, cf. Tarzia, *op. ult. cit.*, pp. 655 ss.; Taruffo, *Il diritto alla prova*, cit., pp. 112 ss.

Desde este punto de vista, se entiende fácilmente que los criterios de control racional de la convicción del juez, de los que se ha hecho mención anteriormente, pueden usarse también como criterios de justificación racional del juicio sobre el hecho. Motivar los hechos significa explictar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado. Esto supone que la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; del mismo modo, la motivación debe dar cuenta también de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada[335].

La concepción de la motivación como justificación racional del juicio, válida en línea general también por otras muchas razones, encuentra un apoyo particular en la exigencia de control que deriva de la discrecionalidad del juez en la utilización y en la valoración de las pruebas: así concebida, la motivación cumple precisamente la función de control de aquella discrecionalidad, obligando al juez a justificar sus propias elecciones y haciendo posible un juicio posterior sobre ellas, en el proceso y fuera del proceso.

Todo esto lleva a sostener que, cuando la motivación sobre los hechos es capaz de responder a la función que le es propia, ésta satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas.

El análisis de los principios generales no exime, sin embargo, de la constatación de que no es extraño, y la advertencia vale especialmente para el ordenamiento italiano, que la praxis de la motivación sobre los hechos esté muy lejos del modelo ideal que está en la base de las consideraciones realizadas. Resulta fácil constatar, en realidad, que a menudo las motivaciones no contienen justificaciones adecuadas de la decisión sobre los hechos y no dan cuenta de los criterios que fundamentan la valoración de las pruebas: la motivación se reduce a menudo a afirmaciones genéricas, de las que no es posible extraer nada significativo acerca del razonamiento del juez[336]. En particular, las razones de la utilización de pruebas atípicas y de presunciones simples, así como la valoración crítica de la eficacia de las pruebas, quedan fuera de la motivación sobre los hechos[337]. Por su parte, la Corte de Casación lleva a cabo poco y mal el control sobre las motivaciones sobre los hechos elaboradas por los jueces de instancia y acaba así legitimando una praxis en la que, a menudo, las motivaciones son, en realidad, no-motivaciones[338].

Estos fenómenos no quitan validez a la afirmación de que en la motivación de la sentencia se encuentra, precisamente, el trámite esencial para el control sobre la racionalidad de la convicción del juez. Aquéllos dependen en amplísima medida de la falta una adecuada «cultura de la prueba» y del juicio sobre el hecho, es decir, de la opinión difundida de que se trata de fenómenos no racionalizables, que escapan a reglas y criterios intersubjetivos de valoración y que, por tanto, pueden ser abandonados a la intuición subjetiva e incontrolable.

Esta forma de configurar el problema de la prueba y de su valoración alimenta un círculo vicioso también muy difundido: se supone que ese problema no puede ser racionalizado y controlado y, en consecuencia, no se implementan las racionalizaciones y los controles que podrían llevarse a cabo; finalmente, de la falta de racionalizaciones y de controles se deduce que la valoración de la prueba no puede someterse a racionalizaciones y controles. Esta forma de razonar caracteriza la mayor parte de los discursos escépticos acerca de la relación entre valoración de la prueba y motivación de la sentencia, pero es fácil encontrarla también en la base de las aproximaciones escépticas más genera-

335. Sobre estos criterios v., *supra*, el apartado 4.1 de este capítulo. Sobre el contenido y sobre la estructura que debería tener la motivación sobre los hechos cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 278 ss., 437 ss., 511 ss., 530 ss., 555 ss.

336. Cf., al respecto, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 511 ss., e Id., *La fisionomia della sentenza in Italia*, en *La sentenza in Europa. Metodo tecnica stile*, Padova, 1988, pp. 201 ss.

337. Cf. Taruffo, *Certezza e probabilità*, cit., 106, 109; Id., *Prove atipiche*, cit., pp. 426 ss.

338. No faltan ejemplos explícitos, significativos de esta orientación de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la *Cass.* 26 de abril de 1990, n.° 3476 (en *Rep. Foro It.*, 1990, v. *Prova civile in genere*, n.° 29) prescribe al juez motivar con una valoración conjunta de los elementos de prueba, pero, en realidad, no requiere una motivación efectiva del juicio sobre el hecho. Por un lado, en realidad, la Corte no requiere que se refuten expresamente los elementos de prueba contrarios, que pueden no ser siquiera mencionados. Por otro lado, admite que la motivación relativa a las pruebas utilizadas para decidir sea implícita (esto es, que no la haya), siempre que resulte «lógico y coherente» el «valor preminente» que les es atribuido. Se trata, evidentemente, de fórmulas vacías, dado que están referidas a una motivación sobre los hechos que puede incluso no existir. Más ampliamente, sobre la orientación examinada, cf. Taruffo, *Il controllo sulla motivazione*, cit., pp. 142 ss.

les acerca de la posibilidad de controles racionales sobre la convicción del juez o en las tendencias que pretenden no implementar la regla del previo contradictorio sobre las pruebas. Se trata, en efecto, del razonamiento que parte de la constatación de los defectos de la praxis para sugerir la inutilidad de cualquier teorización «prescriptiva» acerca de la racionalidad del juicio sobre los hechos.

Sin embargo, los círculos viciosos no consiguen demostrar la validez de ninguno de sus pasos y la praxis no es por sí misma una objeción válida contra el «deber ser». En consecuencia, la existencia de una praxis en muchos sentidos frustrante no demuestra en absoluto la imposibilidad de controles adecuados, racionales y procedimentales, sobre la utilización de las pruebas en el ámbito de la discrecionalidad del juez. Esa praxis, en realidad, se demuestra únicamente a sí misma, es decir, sólo demuestra el hecho de que los jueces y los abogados tienden a utilizar instrumentos conceptuales muy toscos y que no se corresponden con la naturaleza y la delicadeza del problema de la prueba.

Tampoco pueden extraerse de la praxis argumentos a favor de la reducción o de la eliminación de la discrecionalidad del juez y del retorno a algún sistema de prueba legal[339]. Si, como es indudable, los jueces a menudo hacen un mal uso de su libre «convicción», el remedio no está obviamente en su eliminación, sino precisamente en la construcción o en la implementación de controles racionales y procedimentales que puedan asegurar un «buen uso» de la discrecionalidad en las elecciones relativas a la utilización y a la valoración de las pruebas.

339. En este sentido v., en cambio, Cavallone, *Oralità*, cit., pp. 451 ss.; Id., *Critica della teoria*, cit., pp. 394 ss.

Capítulo VI

ELEMENTOS PARA UN LÉXICO DE LAS PRUEBAS

1. *Significados y sinónimos*.–Las amplias consideraciones desarrolladas en los capítulos precedentes no han resuelto, ciertamente, todos los problemas que afectan al concepto de prueba, aunque deberían haber puesto las bases para una correcta formulación de algunos de esos problemas. Lo que hasta ahora no se ha tenido en cuenta —en particular— es el hecho de que en la cultura jurídica italiana, como en otras culturas jurídicas, no se utilizan habitualmente definiciones estables y rigurosas de los conceptos que se refieren a la problemática de la prueba. Sí existen definiciones y clasificaciones, terminologías y tipologías, pero quizás porque son excesivamente numerosas o porque —habitualmente— son poco rigurosas, se utilizan de forma muy flexible y variable, de un modo más alusivo (y evasivo) que preciso. No hay en ello nada malo, porque las teorías complejas y variables son adecuadas para los fenómenos que, como el de la prueba, son muy complejos y diversificados en las distintas culturas y en los diversos tipos de proceso[1] y

1. En general, sobre los factores que inciden al respecto, cf. Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en Id., *Processo civile e giustizia*

que son, en muchos aspectos, esquivos; es más, sería un error intentar cristalizar la temática de la prueba en definiciones rigurosas y en tipologías taxativas.

Sin embargo, se mantiene la necesidad de comprender el fenómeno de la prueba a través de conceptos aceptables, aunque no vinculantes, y de teorías o descripciones que —sin aspirar a «cerrar» el problema— permitan moverse con un mínimo de claridad en un ámbito tan variado, vago y accidentado.

Se puede intentar responder a esa necesidad de distintas formas. Sin embargo, no parece adecuado formular una enésima definición unívoca y abstracta de «prueba» o construir una enésima tipología, igualmente abstracta, de las «pruebas». De todo ello ya es muy rica la literatura sobre el tema en las diversas culturas jurídicas, pero precisamente esa riqueza —y su consecuente incertidumbre y variabilidad— muestra que la pretensión de univocidad está destinada a ser abandonada, mientras que lo único que se consigue, aunque no resulta útil, es la abstracción.

Parece, en cambio, más útil y menos arriesgada una forma de aproximarse al problema, menos conceptualista y más descriptiva (o «lexicográfica»), que, sin ninguna pretensión de completud o de ser definitiva, trate de registrar —y parcialmente, de redefinir— los principales significados que normalmente se atribuyen al término «prueba» y a los demás términos que más habitualmente aparecen en el vocabulario probatorio. Esto puede requerir que se tomen en consideración algunas de las distinciones y tipologías más comunes (no todas, porque ciertamente no vale la pena) y que se preste atención a las variaciones más importantes del fenómeno de la prueba en los distintos contextos procesales.

Ahora bien, para una identificación de los principales significados que habitualmente se atribuyen al término «prueba» en el contexto del proceso (evidentemente, no puede discutirse aquí el uso de ese término en otros contextos) no es necesario elaborar un elenco completo de los usos lingüísticos, que resultaría muy largo, además de intolerablemente aburrido y en gran parte inútil.

En cambio, puede alcanzarse más rápidamente alguna clarificación al respecto individualizando, entre las muchas posibles, tres distinciones inherentes al significado de «prueba» y a la forma en que ese significado es normalmente entendido en el proceso. Como se verá enseguida, estas distinciones no son mutuamente exclusivas, siendo posible que alguna parte de una de ellas se superponga sobre otra; tampoco son conjuntamente exhaustivas, dado que no son ciertamente las únicas distinciones posibles, y tampoco hay garantía alguna de que cubran todo el campo de los significados procesales de «prueba». A pesar de ello, esas distinciones parecen suficientemente útiles para identificar al menos algunos de esos significados, distinguiéndolos dentro de un ámbito semántico muy amplio y vago.

sociale, Milano, 1971, pp. 79 ss. En la misma línea, Verde, *Prova. b) Teoria generale e diritto processuale*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 579 ss.

a) La primera distinción se plantea entre prueba como *demostración* y prueba como *experimento*, en analogía con la distinción que se realiza en francés entre *preuve* y *épreuve*[2]. El idioma italiano emplea un solo término para los dos significados, pero está claro que una cosa es la prueba como demostración de la verdad de un hecho y otra la prueba (en el sentido del galileano «probando y reprobando») como *test* o control de una hipótesis en el ámbito de un procedimiento experimental. Una tercera posibilidad interesante, que quizás es una variante no epistemológica de «experimento», se da cuando *épreuve* no tiene el significado riguroso del experimento, sino el del desafío, de la competición, de la dificultad a superar o de las experiencias a realizar para alcanzar un determinado resultado[3].

Se puede constatar fácilmente que esta variedad de significados se encuentra también en la noción procesal de la prueba y que, es más, un aspecto de la ambigüedad de esta noción depende precisamente de la oscilación que se produce entre esos tres significados.

Por un lado, se piensa en la prueba como demostración cuando se dice, como se ha hecho anteriormente, que la prueba sirve para establecer la verdad de los hechos relevantes para la decisión[4]. Aquí, «probar» significa ofrecer elementos para decidir que una aserción relativa a un hecho es «verdadera» (en algún sentido del término) y esta aserción está «probada» cuando existen elementos idóneos para demostrar que es verdadera. El término «demostración» no se usa aquí —como es obvio— en el significado riguroso que tiene en la lógica o en las matemáticas, sino en el significado más vago del sentido común, donde

2. Esta peculiaridad es señalada por Landowski, *Vérité et véridiction en droit*, en *Droit et société*, 8, 1988, p. 51. Para una presentación sintética pero clara de los significados de los dos términos, por otra parte etimológicamente vinculados, v. las respectivas voces en Bailly, *Dictionnaire des synonimes de la langue française*, Paris, 1968, pp. 242 y 463.

3. Para la individualización de un significado análogo cf. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 102.

4. V., *supra*, los capítulos I y II.

«demostrar» quiere decir mostrar que hay elementos o razones suficientes para asumir una aserción como fundamentada[5]. En esta área de significado se sitúa precisamente una de las principales acepciones de la «prueba» en el ámbito del proceso, probablemente la más importante, según la cual se dispone de una prueba sobre un hecho cuando se tienen elementos de juicio aptos para fundar la veracidad de la afirmación de ese hecho.

Por otro lado, se piensa en la prueba como experimento, *test* o control, cuando se ubica dentro del desarrollo dinámico del proceso y se la considera como instrumento o procedimiento para verificar la fundamentación o la aceptabilidad de esa afirmación. En el desarrollo del proceso se parte, en realidad, de *hipótesis sobre el hecho* (una o más de una) y mediante la prueba se verifica y se controla qué hipótesis puede ser asumida como versión verdadera del hecho[6]. Surge entonces al respecto un complejo procedimiento de *trial and error* que puede en ciertos aspectos recordar el procedimiento de investigación científica, pero que, en todo caso, sirve para «probar y reprobar» las hipótesis formuladas sobre los hechos de la causa. En esta área de significado se sitúa otra acepción importante de «prueba» como instrumento de verificación de la fundamentación de las aserciones referidas a esos hechos.

Tampoco falta, finalmente, aunque es secundaria y marginal en el ámbito de un análisis racional del fenómeno probatorio, la idea de la prueba como desafío o examen, como dificultad a superar, como concurso arriesgado requerido para alcanzar un «premio» final. Esta idea estaba presente, y era dominante, en la concepción «irracional» de la prueba como ordalía[7], como desafío basado en provocar el juicio de Dios, como suplicio a superar para alcanzar la victoria. Esta idea ha dejado de ser dominante en el que ha sido presentado como paso de las pruebas irracionales a las pruebas racionales[8], pero no ha abandonado del todo la semántica del término «prueba». Residuos importantes de la misma permanecen en pruebas procesales como el juramento

5. Sobre el problema de la relación entre el concepto jurídico y el concepto científico de demostración v. comentarios *supra* en el capítulo V, 1.1. Sobre la prueba como demostración cf. Ubertis, *op. cit.*, p. 85.

6. El proceso se convierte entonces en el lugar de la *mise à l'épreuve* de las hipótesis que se presentan como posibles verdades sobre el hecho, donde la *preuve* es el elemento que sirve para decidir qué hipótesis prevalece sobre las demás y puede, por tanto, considerarse «verdadera»: cf. Landowski, *op. cit.*, *loc. cit.*

7. Cf. Ubertis, *op. cit.*, *loc. cit.*

8. Sobre este paso v., más ampliamente, capítulo V, 2.3, también para referencias bibliográficas.

decisorio y no es, en todo caso, extraña a la concepción general de la prueba la idea de que se trata de un riesgo a superar para alcanzar el resultado final. Éstas son, ciertamente, connotaciones irracionales y sugerencias más literarias que científicas o reminiscencias de las épocas en que la única prueba era el juicio de Dios. Sin embargo, puede ocurrir que el no-jurista, y algunas veces también el jurista, asocie la idea de prueba en el proceso a esas sugerencias o reminiscencias, quizás más atractivas —aunque menos útiles— que el análisis racional del fenómeno probatorio.

b) Una segunda distinción relevante que puede trazarse dentro de los significados de «prueba» versa sobre la relación entre la prueba y el hecho al que ésta se refiere, así como sobre las funciones que la prueba desarrolla en el ámbito de esa relación. Todo ello puede ser examinado desde dos puntos de vista distintos aunque en muchos aspectos vinculados y complementarios.

Se adopta el primer punto de vista situando la relación prueba-hecho en el que puede denominarse —para usar una expresión ya muy común— como el *context of discovery* del proceso[9]. Si se observa la función que desarrolla la prueba *durante* el proceso, se constata fácilmente que la prueba es un factor o un elemento de *conocimiento* que entra en un procedimiento complejo, orientado hacia la formulación de un juicio final relativo a la aceptabilidad de una aserción (o de un conjunto de aserciones) sobre los hechos relevantes para la decisión[10]. En el ámbito de ese procedimiento, la prueba desarrolla dos funciones distintas pero conexas. Por un lado, opera como elemento de *control* de las hipótesis sobre los hechos ya formuladas, según el modelo de *trial and error* que tiene lugar también en el proceso. En esencia, la prueba sirve para confirmar o contradecir (si se prefiere, para verificar o falsear) esas hipótesis, eventualmente añadiéndose a otros elementos de confirmación o de falsación de las mismas[11].

9. Sobre el concepto de *context of discovery* aplicado al proceso, distinto del *context of justification* (sobre el que se hablará más adelante en el texto), cf., también para referencias bibliográficas, Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 214 ss., 220 ss.; Ubertis, *op. cit.*, pp. 52 ss., 55 s.

10. Para un esquema sumario de este procedimiento v. Taruffo, *op. cit.*, pp. 238 ss.

11. Para la esquematización de las hipótesis sobre el hecho y de las relaciones de éstas con los elementos de prueba, cf. el análisis llevado a cabo en el capítulo IV. Los modelos allí elaborados pueden utilizarse fácilmente también de forma diacrónica, es decir, para configurar situaciones que se presentan en el curso del proceso (y no sólo en el contexto de la decisión final) siempre que una prueba se presenta en correlación con una hipótesis sobre un hecho. Sobre la formación progresiva de las hipótesis sobre el hecho y sobre el uso de un particular concepto de probabilidad al respecto cf. Schum, *Probability and the Processes of Discovery, Proof and Choice*, en *Probability and Inference*

Por otro lado, la prueba opera como factor de *descubrimiento*, en la medida en que puede servir como base para la elaboración de nuevas y distintas hipótesis (eventualmente, más aceptables que otras inicialmente formuladas) sobre el hecho relevante para la decisión[12]. En esta segunda función, la forma de razonamiento que mejor se adapta a la prueba es la *abducción*, es decir, la formulación de hipótesis nuevas, dirigidas al «descubrimiento» de los hechos, sobre la base de los elementos de conocimiento que progresivamente van siendo adquiridos[13]. La estructura fundamental del procedimiento que concluye con la formulación de la decisión está constituida por la dinámica combinada del control y del descubrimiento, basada sobre la adquisición de las pruebas durante el proceso. En ese procedimiento, la prueba es un *quantum* de conocimiento que entra en distintas correlaciones funcionales, cambiantes en las distintas fases del propio procedimiento, con las diversas hipótesis posibles sobre el hecho[14].

Se adopta el segundo punto de vista si se considera la relación prueba-hecho en el contexto de la decisión final ya formulada, es decir, cuando se ha elegido ya (lógica, no cronológicamente) la hipótesis sobre el hecho que parece más aceptable. En este punto resulta útil la idea del *context of justification*, no sólo porque es evocada siempre

in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism, ed. por P. Tillers y E. D. Green, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp. 213 ss. Sobre la dialéctica probatoria como *trial and error* v. Ubertis, *op. cit.*, p. 95.

12. La función heurística de la prueba está bien identificada en el concepto de «prueba 3» definido por Wróblewski (de quien puede verse *La preuve juridique: Axiologie, logique et argumentation*, en *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 333, y *Proof in Law: Legal Language and Legal Institutions*, en *Int. J. Sem. Law* 4, 1989, II, p. 6).

13. Sobre la abducción, o retroducción, como modelo lógico aplicable al razonamiento del juez sobre las pruebas v., entre lo más reciente, Besso Marcheis, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1137 s., 1160; Fassone, *Qualche altra riflessione in tema di prove*, en *Questione giustizia*, pp. 721 ss.

La abducción ha sido analizada recientemente, siguiendo a Pierce, en la semiótica general: v., en particular, Ayim, voz *Abduction*, en el *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, ed. por Sebeok, Berlin-New York-Amsterdam, 1986, tomo I, pp. 1 s.; Bonfantini, *La semiosi e l'abduzione*, Milano, 1987, especialmente, pp. 45 ss., 59 ss.; Sebeok y Uniker-Sebeok, Bonfantini y Proni, Horowitz, Eco, en *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Pierce*, ed. por U. Eco y Th. A. Sebeok, Milano, 1983, pp. 15 ss., 27 ss., 137 ss., 215 ss., 235 ss.; Eco, *L'abduzione in Uqbar*, en Id., *Sugli specchi ed altri saggi*, Milano, ²1988, pp. 161 ss. Cf., además, Peirce, *Collected Papers*, vol. II, Cambridge (Mass.), 1960, pp. 372 ss., vol. V, Cambridge (Mass.), 1960, pp. 122 ss., y vol. VII, Cambridge (Mass.), 1958, pp. 121 ss.

14. Me remito una vez más al análisis desarrollado en el capítulo IV para la individualización de las principales situaciones al respecto.

que se habla del *context of discovery*, sino porque expresa adecuadamente la función de la prueba en el contexto de la decisión.

Esta función consiste, en efecto, en constituir un *elemento de justificación* de la decisión sobre el hecho o bien en ofrecer elementos de confirmación o de apoyo racional para la hipótesis que se adopta como aserción verdadera sobre ese hecho[15]. En otros términos, la prueba opera aquí como premisa de argumentos o, mejor aún, de inferencias justificativas que pretenden convalidar la elección de aquellas hipótesis. En función de los casos, la prueba puede fundamentar argumentos que justifiquen el rechazo o la aceptación de una hipótesis sobre el hecho. El modelo ideal de la justificación «completa» de la decisión sobre el hecho incluye tanto los argumentos que fundamentan la hipótesis adoptada como verdadera, como también los argumentos que falsean las hipótesis descartadas, y ambos tipos de argumentos deberían estar basados en pruebas. En todo caso, la función de las pruebas consiste aquí en justificar (es decir, en ofrecer elementos para considerar fundamentadas) las aserciones fácticas presentadas como verdaderas en la decisión final.

Obsérvese que esto no supone en absoluto la adhesión a la concepción retórico-argumentativa de la prueba, que ha sido discutida y criticada con anterioridad[16]. Puede suceder, en efecto, que existan elementos retóricos incluso relevantes en los argumentos que se desarrollan a propósito de las pruebas en el proceso: es así, en particular, en las argumentaciones defensivas llevadas a cabo por los abogados[17] y en ocasiones hay también elementos retóricos en las motivaciones redactadas por los jueces[18]. Sin embargo, no se puede sostener que esos datos, contingentes y casuales, permitan fundar una teoría de la prueba y, mucho menos, una teoría que se proponga como la única capaz de definir la «verdadera esencia» del fenómeno probatorio[19]. En todo caso, debe insistirse en que aquí no se hace referencia a la concepción retórica de la argumentación, sino a la teoría racional de la justificación, tal como se presenta en los análisis más recientes y actualizados del

15. En general, sobre la estructura lógica de la justificación del juicio de hecho, cf. Taruffo, *op. cit.*, pp. 278 ss. Se refieren a la prueba como elemento de justificación los conceptos de «prueba 1» y «prueba 2» definidos por Wróblewski (en los lugares citados en la nota 12).

16. Cf. capítulo V, 1.4, también para las correspondientes referencias bibliográficas.

17. V. *ibid.*

18. Sobre los factores retórico-persuasivos de la motivación, y también sobre su importancia limitada, cf. Taruffo, *op. cit.*, pp. 202 ss.

19. V. una vez más los argumentos desarrollados en el capítulo V, 1.4.

razonamiento jurídico[20]. Esto es, no se hace referencia a la argumentación persuasiva sino a la justificación basada en inferencias racionalmente controladas y controlables. En el contexto de la justificación racional del juicio de hecho, es decir, de la concatenación y de la combinación de las inferencias en función de las cuales la aserción del hecho es asumida como verdadera, la prueba opera como *elemento de justificación* de esta aserción.

La distinción entre *context of discovery* y *context of justification* no elimina, sino que más bien plantea, el problema de la relación entre ellos. También en el proceso se plantea ese problema, puesto que el procedimiento de formación y de formulación de la decisión, así como su justificación en la motivación de la sentencia, pertenecen al más amplio contexto constituido por el razonamiento del juez. Qué relaciones existen, si las hay, entre la formulación de la decisión y la motivación de la sentencia es una cuestión discutible y discutida en la doctrina procesalista, que de todos modos no es necesario reproducir aquí con detalle[21].

Basta subrayar, para lo que aquí interesa, que esta cuestión lleva a identificar una tercera función de la prueba, que se sitúa propiamente en el punto de conexión, o de cierre, entre los contextos de descubrimiento y de justificación del juicio sobre los hechos. Esta tercera función caracteriza la prueba como *elemento de elección* de la hipótesis que se presenta como la reconstrucción más aceptable entre todas las posibles y, por tanto, como descripción «verdadera» de los hechos relevantes para la decisión[22]. Esta elección se sitúa lógicamente (pero también psicológica y cronológicamente) al final del procedimiento de descubrimiento y antes de que se elabore la argumentación justificati-

20. V. referencias, *supra*, en la nota 97 del capítulo V.

21. Cf. Taruffo, *op. cit.*, pp. 188 ss., en el sentido de una tendencial independencia de los dos contextos. En sentido contrario, es decir, sosteniendo que entre esos contextos existen estrechas vinculaciones, cf. Ubertis, *op. cit.*, pp. 53 s.; Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, en *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 216 s. La diferencia de las orientaciones respecto de este punto concierne esencialmente a la individualización de lo que se consideran los «pasos» del procedimiento decisorio en la justificación de la decisión, es decir, en la motivación de la sentencia, y a cómo el establecimiento del deber de justificar condiciona *ex ante* su propia formulación. Dado que sobre estos temas no son posibles verificaciones empíricas, parece más prudente una tesis tendencialmente escéptica, que suponga alguna posibilidad de relación entre los dos contextos, pero que no afirme su coincidencia o correspondencia.

22. Sobre la función de la prueba en la elección de la hipótesis más aceptable y sobre la posible configuración de los términos de la elección, v., más ampliamente, *supra*, capítulo IV, 4.

va[23]. La elección presupone que en el curso del proceso (es decir, en el *context of discovery*) se hayan formulado distintas hipótesis relevantes para la decisión, sobre cada una de las cuales (o al menos sobre alguna o algunas) se haya obtenido elementos de confirmación o de falsación. Esos elementos están constituidos, precisamente, por las pruebas y, sobre la base de éstas, debe realizarse la elección final. Las diversas configuraciones de la situación de la elección y el papel que desarrolla la prueba en la determinación racional de la opción entre las distintas posibilidades, además de los criterios para usar las pruebas para ese fin, han sido objeto ya de análisis en su momento, de forma que es suficiente con remitirse al lugar correspondiente[24]. Ahora, sólo vale la pena subrayar la función esencial que tiene la prueba en cuanto *criterio de decisión* y factor de elección entre distintas versiones de los hechos en el momento central del razonamiento del juez. En ese momento, no opera ya la abducción, dado que la fase de «descubrimiento» ha terminado, y tampoco lo hace aún la lógica de la justificación, dado que ésta entra en juego únicamente cuando ya hay algo que justificar, es decir, cuando ya se ha tomado la decisión. Aquí opera, en cambio, la *lógica de la elección* entre hipótesis distintas, con toda su complejidad intrínseca derivada de la pluralidad de opciones y de la individualización de los criterios en función de los cuales debe ser realizada[25]. En el contexto de la elección de la decisión, la prueba se configura como el punto de referencia fundamental para la determinación racional de la hipótesis más aceptable. Es racional la elección a favor de la hipótesis dotada de un grado más elevado de confirmación probatoria[26], mientras que sería irracional considerar como «verdadera» una aserción de hecho no apoyada por pruebas, «falseada» por pruebas contrarias o contradicha por otra aserción apoyada por pruebas prevalecientes.

La prueba desarrolla, pues, el papel de fundamento para la *elección racional* de la hipótesis destinada a constituir el contenido de la decisión final sobre el hecho.

c) Una ulterior dimensión polisémica del término «prueba» proviene del hecho de que con él se hace referencia habitualmente a aspectos

23. Sobre la decisión como elección v., en general y para referencias bibliográficas, Taruffo, *op. cit.*, pp. 215 ss., e Id., *Giudizio (teoria generale)*, en *Enc. giur. Treccani*, XV, 1988, pár. 4 y 6.

24. V., *supra*, capítulo IV, 4.

25. En general, cf. Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969; Gottlieb, *The Logic of Choice*, London, 1968; Taruffo, *op. cit.*, pp. 216 ss.

26. Para la demostración de este punto v., *supra*, capítulo IV, 4.1 y 4.2.

distintos del fenómeno probatorio, de forma que su significado cambia en cada caso. Ello no produce generalmente problemas de comprensión porque el contexto permite en cada caso establecer la acepción en la que se habla de «prueba», pero es útil de todos modos subrayar esta variabilidad semántica[27].

c.1) En un primer sentido, «prueba» identifica lo que sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa. Más precisamente, se habla en este sentido de «medios de prueba» (*mezzi di prova, Beweismittel*) para subrayar que es prueba todo lo que sirve para probar, es decir, todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho[28]. El lenguaje jurídico angloamericano, a diferencia de los europeos, dispone de un término *ad hoc*, ya que *evidence* designa —tanto en el derecho como en la epistemología[29] y en el lenguaje común— aquello que sirve de premisa o de apoyo para la aserción de un hecho.

En este sentido del término «prueba», y no en otros, se habla, por ejemplo, de relevancia y admisibilidad de las pruebas o de tipicidad o atipicidad de las mismas[30]. Debe destacarse que de esta forma se llama a veces «prueba» a lo que podría ser, pero no lo es de forma necesaria, una prueba en sentido estricto: cuando se habla de pruebas irrelevantes o inadmisibles se usa el término «prueba» para referirse a elementos que alguien piensa que podrían ser usados como pruebas en el proceso, pero que, en cambio, no pueden utilizarse para el conocimiento de los hechos. «Prueba» designa, por otra parte, cualquier cosa que pueda ser lógicamente relevante para la determinación del hecho, de forma que parece contradictoria la locución «prueba irrelevante», dado que lo que no es relevante no es, en realidad, prueba de nada; en cambio, no es contradictoria la locución «prueba inadmisible», dado que un elemento de conocimiento relevante puede ser excluido del proceso por otras razones previstas por la ley[31].

c.2) En un segundo sentido, «prueba» designa el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez[32]. Se da la prueba, en este sentido, cuando se establece que la aserción sobre el hecho resulta verificada o confirmada sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles. En sentido lato, «prueba» es aquí sinónimo de «demostración» o, mejor aún, de «demostración alcanzada»: se da la prueba cuando el juez establece que la aserción sobre el hecho es aceptable. Éste es, en los lenguajes jurídicos continentales, el significado prevaleciente del término, que es usado en esta acepción sin especificaciones adicionales (*preuve, prova, Beweis*). En los sistemas de *common law* existe al respecto un término específico: *proof* designa, precisamente, el conocimiento alcanzado del hecho sobre la base de la *evidence* disponible y se usa en todas las locuciones (como, por ejemplo, *burden of proof*) que aluden al conocimiento o a la demostración judicial del hecho y no a los elementos potencialmente útiles para alcanzarlos[33].

En este sentido del término, y no en otros, se habla por ejemplo de carga de la prueba, de valoración de la prueba, de resultado de la prueba, de hecho probado. En la misma área semántica se encuentran las locuciones que de algún modo tienen que ver con el resultado de la prueba como, por ejemplo, en la distinción entre prueba legal y prueba valorable libremente o cuando se discute del valor o de la eficacia de la prueba.

En este mismo sentido, estrictamente, es prueba sólo aquella que tiene un resultado positivo, es decir, aquella que produce elementos efectivos de confirmación o de falsación de la aserción sobre el hecho. La «prueba frustrada» (por ejemplo, en el caso en que el testigo no recuerda o no declara nada útil) no es, en realidad, una prueba en el

27. En el mismo sentido, y para una tripartición equivalente a la que se propondrá inmediatamente en el texto, cf. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, en *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414. Distinciones análogas están difundidas en la doctrina sobre las pruebas: cf., por ejemplo, Carnelutti, *La prova civile*, Roma, [2]1947, pp. 236 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 200 ss.]; Id., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 128 [tr. cast., *Derecho procesal civil y penal*. I. *Derecho y proceso*, a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, pp. 145 s.]; y, entre lo más reciente, Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*. II. *Il processo di cognizione*, Torino, [7]1991, p. 124.

28. Pueden reconducirse a este significado de «prueba» otras expresiones, poco más o menos sinónimas y difundidas en el lenguaje jurídico corriente, como «elemento de prueba», «fuente de prueba» y parecidos, aunque entre ellas es posible trazar ulteriores subdistinciones (v., por ejemplo, Ubertis, *op. cit.*, pp. 103 s.; y, por todos, Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 79 —tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 67 s.—). A éste se corresponde el concepto de «prueba 4» definido por Wróblewski (en los lugares citados en la nota 12).

29. Cf., por ejemplo, Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, London, [2]1983, pp. 58 ss.; Twining, *What Is the Law of Evidence?*, en Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, 1990, pp. 178 ss. Para un amplio análisis del concepto de *evidence* en el ámbito de la teoría de la probabilidad cf., por ejemplo, Benenson, *Probability, Objectivity and Evidence*, London-Boston-Melbourne-Henley, 1984, pp. 23 ss., 80 ss. y 205 ss.

30. V., *supra*, capítulo V, 2.1 y 3.1.

31. Sobre ambos puntos cf. capítulo V, 2.1.

32. Cf. Denti, *op. y loc. ult. cit.*; Ubertis, *op. cit.*, p. 105.

33. Cf., por ejemplo, Eggleston, *op. cit.*, pp. 10, 39, 103 ss., 116 ss. y 129 ss.

sentido que ahora se analiza. De ello se deduce que no hay una correspondencia necesaria entre lo que constituye prueba en el primer significado del término (es decir, «medio de prueba») y lo que es prueba en el segundo significado (es decir, «confirmación del enunciado sobre el hecho»).

c.3) En un tercer sentido, finalmente, «prueba» indica la vinculación que se instaura entre la prueba en el primero y en el segundo de los sentidos recién presentados; es decir —esencialmente—, entre medio de prueba y confirmación de la aserción sobre el hecho. Al respecto, los distintos lenguajes jurídicos no disponen de términos sinónimos suficientemente precisos y específicos: ni siquiera el léxico probatorio de los sistemas de *common law* tiene un término *ad hoc* para indicar la conexión entre *evidence* y *proof*.

Quizás esto es debido a que esta vinculación existe y es inevitable, no pudiendo quedar excluida del significado de «prueba», pero no es unívoca y no está individualizada de forma precisa como aspecto autónomo del fenómeno probatorio.

A modo de primera aproximación, pueden identificarse dos versiones de ese vínculo, distintas pero ambas presentes en el ámbito del uso judicial de la prueba.

Un primer vínculo entre la prueba como elemento de prueba y la prueba como demostración del hecho es de carácter lógico y gnoseológico: se trata de la inferencia o de la cadena o serie de inferencias en función de las cuales el elemento de prueba pasa a ser la premisa (o la justificación) de la aceptabilidad de la aserción sobre el hecho[34]. En esta acepción, «probar» u «ofrecer la prueba» y similares están referidos al procedimiento lógico a través del cual se fundamenta la prueba-conclusión (*proof*) en la prueba-premisa (*evidence*) o se deriva de ella. «Prueba» es, entonces, la inferencia sobre la prueba, es decir, el razonamiento con el que el juez establece que el hecho está probado sobre la base de los elementos de prueba de los que dispone.

Debe observarse, por otra parte, que ese razonamiento tiene dos aspectos o segmentos: uno de ellos es *heurístico*, en la medida en que el juez «descubre» o «encuentra» la prueba del hecho partiendo de los elementos de conocimiento de los que dispone; el otro es *justificativo*, en la medida en que la prueba del hecho se apoya en argumentos que se fundamentan en esos elementos de conocimiento.

El segundo vínculo entre elementos de prueba y demostración del hecho es jurídico y operativo: ese vínculo se instaura *en el proceso* en la medida en que es necesario que se adquieran en él las pruebas (= los

34. Para el análisis de estas inferencias v., una vez más, el capítulo IV, 1, 2 y 3.

medios de prueba) para derivar de ellas, y fundar sobre ellas, la decisión sobre el hecho[35]. Desde este punto de vista, «probar» designa todas las actividades que realizan las partes y el juez —especialmente las partes— para introducir en el proceso, con las modalidades y los controles que la ley establece y regula, los elementos de prueba destinados a constituir el fundamento de la decisión sobre el hecho. La prueba es, pues, objeto de *asunción* o de adquisición y se habla de *presentation of evidence* para indicar las actividades que permiten, en el proceso, someter los elementos de prueba a la consideración del *trier of fact*. Estamos aquí ante un *procedimiento* en el sentido procesal del término, mediante el cual la prueba «se forma» o «se crea» como dato jurídico, es decir, como elemento del proceso y como base legítima de la decisión sobre el hecho. En otros términos, es a través de este procedimiento como los datos cognoscitivos «brutos» preexistentes se convierten en «pruebas» en el sentido jurídico de la palabra, o como se crean «pruebas» *ad hoc*, es decir, específicamente destinadas al conocimiento de los hechos de esa causa[36].

El análisis de la polisemia del término «prueba» y de las locuciones sinónimas en las que éste aparece podría ir mucho más allá de los comentarios realizados. La finalidad de estas páginas no es, sin embargo, ofrecer un elenco completo de los posibles usos del término, ni una identificación completa de sus usos reales, sino únicamente mostrar que los significados de «prueba» son diversos y que el uso del término puede deslizarse más o menos conscientemente de uno a otro de ellos. Por otra parte, las tres distinciones mencionadas permiten individualizar distintas áreas semánticas de «prueba», entre las que se encuentran los significados más importantes y más difundidos del término. Estas áreas semánticas no son, quizás, todas las posibles y cada una de ellas, por su parte, puede estar sujeta a ulteriores subdistinciones, pero pueden ser suficientes para delinear sumariamente el significado del término «prueba» y de algunos de sus equivalentes o derivados.

2. *Tipologías y distinciones*.–La prueba ha sido siempre, quizás como ninguna otra institución procesal, objeto de clasificaciones, distinciones y tipologías con la pretensión de introducir un orden categórico o, al menos, un mapa utilizable de conceptos en un fenómeno en muchos aspectos esquivo y marcado por infinitas variantes en sus manifestaciones concretas. La historia de la prueba es en muchos aspectos la histo-

35. Sobre este significado de «prueba» cf. Denti, *op.* y *loc. ult. cit.*
36. Sobre este procedimiento v., más ampliamente, *supra*, capítulo V, 2.2.

ria de las clasificaciones utilizadas para analizar las pruebas[37] y, en particular, la historia de los intentos de construir una tipología de los criterios utilizados para determinar su eficacia[38]. Es más, las clasificaciones empleadas para construir teorías de las pruebas constituyen indicios significativos de la cultura y de la orientación metodológica de los juristas que se ocupan de ellas: así, por ejemplo, no es extraño que un autor vinculado al método de la exégesis, como Lessona, reduzca a unos pocos comentarios el aparato teórico-clasificatorio que utiliza en la obra quizás más imponente dedicada a la teoría de las pruebas[39]. En el extremo opuesto, una doctrina inspirada en las formas del barroco colonial ha podido elaborar aún en años recientes una clasificación de la pruebas basada en no menos de trece criterios distintos, sin excluir, además, que puedan realizarse otras distinciones[40]. Entre el extremo de la pobreza teórica y el del delirio clasificatorio se sitúa una indeterminada posibilidad de tipologías y distinciones, en gran parte explorada por las distintas culturas jurídicas[41], pero siempre indeterminada y variable en función de los momentos históricos y de las coordenadas culturales en las que se plantea el problema de la prueba[42].

Este hecho tiene dos consecuencias importantes. La primera es que parece imposible, prácticamente y también desde el punto de vista del análisis teórico, dar cuenta de todas las clasificaciones y tipologías posibles sobre la prueba. La segunda es que no existe, al respecto, la clasificación o la tipología ideal o perfecta, esto es, idónea, para ofrecer distinciones o definiciones absolutas y definitivas. El léxico de la prue-

37. V. al respecto el sintético pero iluminador panorama trazado por Lévy, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, en *La preuve en droit*, cit., pp. 27 ss.; Id., *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge*, en *La preuve. Rec. Soc. J. Bodin*, XVII, Bruxelles, 1963, pp. 148 ss.

38. Cf. Lévy, *Les classifications*, cit., pp. 35 ss., 38 ss.; Id., *Le problème de la preuve*, cit., pp. 150 ss. Entre las tipologías de las pruebas, es famosa e influyente la de Bentham, basada en ocho distinciones (cf. el *Traité des preuves judiciaires*, ed. por E. Dumont, Paris, 1823, vol. I, pp. 24 ss. —tr. cast., *Tratado de la pruebas judiciales*, a cargo de M. Ossorio, Buenos Aires, 1971, vol. I, pp. 29 ss.).

39. Se trata, en efecto, sólo de las distinciones entre prueba preconstituida y simple, *efficacior* y *levior*, plena y semiplena (v. Id., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario italiano*, Firenze, ²1909, vol. I, pp. 87, 137, 496, 505 ss.). Obviamente, los conceptos utilizados por Lessona son mucho más numerosos y están extraídos de las clasificaciones tradicionales en la historia de las pruebas; sin embargo, debe destacarse que esos conceptos no son concebidos en, ni reconducidos a, un «sistema».

40. Cf. Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, I, Buenos Aires, 1970, pp. 519 ss., 549.

41. V. la decena de trabajos reunidos en los volúmenes XVI-XIX de los *Rec. Soc. J. Bodin* sobre el tema de *La preuve*, cit.

42. Consideraciones análogas pueden encontrarse en Verde, *op. cit.*, p. 603.

ba es, pues, irremediablemente abierto, variable y ambiguo y huye de todo intento de plasmación o de reconstrucción sistemática que pretenda recoger y agotar todos sus aspectos.

Sin embargo, esto no elimina la posibilidad de emplear alguna tipología y alguna distinción a los efectos de identificar algún aspecto relevante de la teoría de la prueba. La sola advertencia que se debe hacer al respecto es que toda elección en este punto es ampliamente discrecional, si no arbitraria, dado que pretende simplemente poner en evidencia aquello que se considera más importante, y es siempre incompleta, dado que necesariamente omite examinar muchas cosas, que otros quizás podrían considerar importantes.

2.1. *Prueba directa, indirecta y subsidiaria*.–Entre las distinciones referidas a las pruebas, la más importante de las que aquí vale la pena dar cuenta[43] es con toda probabilidad la que se plantea entre *prueba directa* y *prueba indirecta*. Se trata de una distinción habitual e importante, que se encuentra con distintas formulaciones y con diversos nombres en todas las culturas jurídicas[44]. Dicha distinción expresa las dos modalidades fundamentales con las que puede darse la relación entre la prueba y el hecho que debe ser probado. También en la doctrina italiana esta distinción está difundida de modo general[45], habiéndose introducido por derivación de la doctrina alemana[46].

El hecho de que esa distinción constituya un lugar común no implica, sin embargo, que su significado sea claro y uniforme; es más,

43. Es más, según Bentham, *op. cit.*, p. 32 [tr. cast., *op. cit.*, p. 37], ésta es la única verdadera distinción que se puede trazar en el ámbito de las pruebas.

44. Así, por ejemplo, en la doctrina alemana se habla de *unmittelbar* y *mittelbar Beweis* (cf., por todos, Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München, ²²1988, p. 175) o de *unmittelbar Beweis* e *Indizienbeweis* (v., por ejemplo, Arens, *Zivilprozessrecht*, München, ³1984, p. 180; Zeiss, *Zivilprozessrecht*, Tübingen, ⁵1982, p. 1598) y en la doctrina en castellano se habla de *pruebas directas* e *indirectas* (v., por todos, Devis Echandia, *op. cit.*, I, pp. 519 ss; Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, I, Barcelona, ⁴1990, p. 535).

En la teoría de las pruebas angloamericana la distinción correspondiente se da entre *direct* y *circumstantial evidence* (v., por todos, Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence. Text, Problems, Transcrips and Cases*, St. Paul, Minn., 1977, p. 142; Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, London-Dublin-Edinburgh, ²1990, pp. 20 ss.; Keane, *The Modern Law Evidence*, London-Edinburgh, 1989, pp. 10 ss.).

45. Al respecto, son inútiles las citas, dado que todos los manuales, recientes y menos recientes, la incluyen: v., por todos, y también para referencias bibliográficas, Mandrioli, *op. cit.*, II, p. 137.

46. Es evidente esa derivación, por ejemplo, en Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 64 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., p. 54], y en Chiovenda, *Principii del diritto processuale civile*, reed., Napoli, 1965, p. 813 [tr. cast., *Principios de derecho procesal civil*, a cargo de J. Casais Santaló, vol. II, Madrid, 1977, pp. 299 s.].

precisamente en la doctrina italiana la definiciones de prueba directa y de prueba indirecta son particularmente inciertas y poco perspicuas.

El origen del problema proviene, por su parte, de la doctrina alemana de finales del siglo XIX, esencialmente a través de *La prova civile* de Carnelutti, y consiste en el uso de un criterio oscuro para trazar la distinción. Carnelutti pone especialmente el acento en la *percepción* del juez en relación con el hecho a probar, distinguiendo en función de que el juez perciba directamente ese hecho o perciba otro del que se pueda obtener el primero; sobre la base de este criterio sitúa entre las pruebas directas la declaración testifical y el documento y, entre las pruebas indirectas, las presunciones y los indicios[47]. Sin embargo, esta distinción es vaga y poco atendible[48]: es vaga porque se basa en algo genérico e indeterminado como la «percepción» del juez[49]; es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la «percepción directa» del hecho a probar escuchando una declaración testifical o leyendo un documento[50]; en realidad, una prueba directa en este sentido se produce sólo en el caso del reconocimiento judicial[51], pero entonces la distinción resulta casi inútil y deja en la vaguedad a todas las demás pruebas[52].

De estas observaciones no se deriva, sin embargo, la inutilidad o la falta de fundamentación de la distinción general entre prueba directa y prueba indirecta, sino únicamente la constatación de que, en los términos recién mencionados, la distinción está mal formulada. Está claro, en efecto, que la «percepción» del juez, especialmente si no es definida y analizada o bien es mal entendida, no es un buen criterio de distinción. Esto no impide, sin embargo, que se pueda realizar una distinción fundada y racional entre pruebas directas e indirectas, una vez que se adopte un criterio de distinción claro y preciso.

47. Cf. Id., *op. ult. cit.*, pp. 64 ss., 69 ss., 73 ss. y 79 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 54 ss., 58 ss., 62 ss. y 67 ss.]; Id., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 677 [tr. cast., *Sistema de derecho procesal civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, II, p. 401]. En sentido análogo, Andrioli, *Prova (dir. proc. civ.)*, en *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 269.

48. El propio Carnelutti la revisa críticamente en un momento posterior (en *Diritto e processo*, cit., p. 128 —tr. cast., *Derecho y proceso*, cit., pp. 145 s.—), pero sin ofrecer una definición más rigurosa de los dos términos.

49. Carnelutti, en las páginas de *La prova civile* indicados en la nota 47, habla repetidamente de la «percepción» y de la «percepción indirecta», a veces para distinguirla de la «deducción», pero no analiza nunca el concepto de percepción, como si éste fuera simple e intuitivo, limitándose a subrayar que no incluye sólo la vista, sino también el tacto, el oído, el gusto y el olfato (*ivi*, p. 84 —tr. cast., p. 71—) y a definir como «percepción técnica» la del perito (*ivi*, pp. 85 ss. —tr. cast., pp. 72 ss.).

50. V., en efecto, lo que sostiene el propio Carnelutti en *Diritto e processo*, cit., *loc. cit.* [tr. cast., *Derecho y proceso*, cit., *loc. cit.*].

51. Cf. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 64, 71 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 54, 61].

52. Es dudoso, por otra parte, según algunos, que cuando se tiene una percepción directa del hecho se pueda hablar estrictamente de prueba: al respecto v. la discusión de Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 66 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 56 ss.], y, entre lo más reciente, el convincente análisis crítico de Verde, *op. cit.*, p. 604.

Puede identificarse un criterio de este tipo analizando la relación entre prueba y hecho, no sobre la base de elementos vagos e inciertos como «la naturaleza» de la prueba y «la percepción» del juez, sino teniendo en cuenta la forma en que esa relación se plantea en el proceso y en el contexto de la decisión.

Desde este punto de vista es necesario distinguir entre el *hecho a probar*, es decir, el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión[53], y el *objeto de la prueba*, es decir, el hecho del que la prueba ofrece la demostración o la confirmación. La definición de este hecho se produce en hipótesis en el momento en que se deduce la prueba y se somete al juicio preliminar de relevancia[54]; el mismo hecho es afirmado como verdadero, después de la asunción y la valoración de la prueba, si el respectivo enunciado parece creíble en la medida en que esté confirmado por el resultado de la prueba. En este sentido, el objeto de la prueba es propiamente la aserción fáctica sobre la que versa la prueba, es decir, aquello que la prueba es capaz de demostrar: se tratará entonces de la declaración de un testigo, del contenido de un documento, de lo visto en una inspección, etc.

La prueba podrá definirse como directa o indirecta en función de la relación que se dé entre el hecho a probar y el objeto de la prueba (o mejor, entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones). Se está ante una prueba directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa sobre el hecho principal. La terminología angloamericana dispone de un término específico al respecto: se denomina *material* a la prueba que tiene por objeto el hecho jurídicamente relevante[55]. Por tanto, es prueba directa aquella que versa directamente sobre el hecho a probar.

En cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando esta situación no se produzca, es decir, cuando el objeto de la prueba esté cons-

53. Sobre la individualización de este hecho y sus respectivos problemas v., *supra*, el capítulo II.

54. Cf. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 34 ss.

55. Cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 121 ss.; Lempert y Saltzburg, *op. cit.*, pp. 141 s.; Rothstein, *Evidence in A Nutshell: State and Federal Rules*, St. Paul, Minn., [2]1981, pp. 3 s.

tituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión[56]. Si se observa bien, cuando se da esta diferencia, pueden producirse dos situaciones: *a*) el hecho que es objeto de la prueba no tiene ninguna vinculación lógica o cognoscitiva con el hecho a probar: no sólo los dos hechos son distintos, sino que también carecen completamente de cualquier correlación significativa. En este caso, se está ante una prueba irrelevante, que debería ser excluida de forma preliminar, o bien ante una prueba inútil, que ya ha sido asumida pero que ha producido un resultado que no sirve a los efectos de la decisión sobre el hecho a probar. No obstante, una prueba de este tipo no puede considerarse como «prueba indirecta», y ni siquiera como «prueba» en sentido estricto, ya que —aunque sea de forma indirecta— la prueba siempre debe ser apta para decir algo significativo sobre el hecho principal que tiene que probarse, es decir, para ofrecer elementos de confirmación o de falsación de la aserción que versa sobre ese hecho. *b*) Puede suceder, en cambio, que a partir del hecho que constituye el objeto de la prueba, y que se ha demostrado «verdadero», puedan obtenerse inferencias respecto del «hecho a probar», es decir, elementos de confirmación de la aserción que se refiere a ese hecho. En este caso, que en realidad incluye diversas situaciones posibles[57], la prueba opera como premisa de una inferencia que tiene como conclusión el enunciado sobre el hecho a probar: esto es, la prueba demuestra un «hecho secundario» que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del «hecho principal»[58]. La prueba es entonces indirecta en sentido estricto porque ofrece elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar, pero el juez puede llegar a esta confirmación únicamente a través de un paso lógico de un hecho (el objeto de la prueba) a otro (el hecho jurídicamente relevante).

Como es fácil observar, *esta* distinción entre prueba directa e indi-

56. Cf., por ejemplo, Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, ⁴1981, II, p. 94 [hay tr. cast. de la primera edición de esta obra, *Manual de derecho procesal civil*, a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980]; Mandrioli, *op. cit.*, II, p. 137. Esta distinción es efectuada también por Carnelutti (cf. *La prova civile*, cit., pp. 64 ss., 69 ss. y 73 ss. —tr. cast., *La prova civile*, cit., pp. 54 ss., 58 ss. y 62 ss.—), quien subraya que se está ente una prueba indirecta cuando es necesario un paso lógico para llegar al «hecho a probar», mientras que la prueba directa no supone este paso. Por otra parte, Carnelutti se basa, como ya se ha señalado, en la percepción del juez, distinguiendo en función de si ésta es inmediata o compleja, y no sobre la relación objetiva que se presenta entre el hecho objeto de la prueba y el hecho a probar a los efectos de la decisión.

57. V., *supra*, capítulo IV.

58. Sobre ambas definiciones v., *supra*, capítulo II, 2.4.

recta es funcional y relacional, no ontológica[59]. Es decir, esa distinción no hace referencia a la «naturaleza» o a la «estructura» intrínseca de las pruebas o de los medios de prueba, de modo que las pruebas no son de forma general, *a priori* y, en cualquier caso, directas o indirectas. Al contrario, casi todas las pruebas pueden ser directas o indirectas, en función de si tienen por objeto el hecho a probar u otro hecho del que puedan extraerse inferencias sobre el hecho a probar. Así, una declaración testifical será directa o indirecta en función de su propio objeto específico y podrá ser también prueba directa o indirecta la inspección ocular, en función de que el juez perciba circunstancias o situaciones de hecho que coincidan o no con el «hecho a probar». A esta variedad de funciones escapan pocos casos de pruebas que pueden considerarse típicamente directas o indirectas: por un lado, está el juramento decisorio que, dado que sólo puede tener por objeto hechos principales, únicamente puede operar como prueba directa[60]; por el otro, se podría decir que es típicamente indirecta la prueba por presunciones[61], dado que *consiste* en la formulación de inferencias que parten del «hecho conocido» para extraer conclusiones inferenciales sobre el «hecho ignorado». Al respecto podría observarse, sin embargo, que si el «hecho ignorado», que es propiamente el objeto de la prueba por presunciones, es el hecho principal de la causa, entonces también la presunción cae dentro del concepto de prueba directa; en cambio, debería considerarse como prueba indirecta cuando el «hecho ignorado», del que la presunción ofrece la prueba, sea un hecho secundario del que deban extraerse ulteriores inferencias para obtener conclusiones probatorias sobre el hecho principal. El juego de las definiciones se complica, y muestra toda su relatividad, si se supone que el «hecho conocido» del que parte la inferencia presuntiva lo es porque ha sido probado en juicio a través de otros medios de prueba.

Al respecto, es necesario también tener en cuenta una distinción ulterior, que se sitúa dentro de la categoría de la prueba indirecta y que depende de la naturaleza del hecho que constituye su objeto. Ya se ha señalado que es indirecta toda prueba que no tenga por objeto el hecho principal, sino un hecho secundario del que puedan extraerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal.

59. En sentido exactamente contrario v. Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 69 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., p. 58], para quien la distinción que se está examinando no es «de función» sino «de estructura». La diferencia se explica en la medida en que Carnelutti no traza la distinción sobre la base de la relación entre prueba y hecho, sino analizando la percepción del juez (v. nota 49).

60. V. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 85 s.

61. Al respecto v., *infra*, 3.1.

No obstante, conviene distinguir al respecto en función de que el hecho secundario que constituye el objeto de la prueba sea: *a*) un evento que forma parte de la «porción de realidad» en la que está incluido también el hecho principal, que se vincula con aquél inferencialmente de forma que su respectiva hipótesis resulta confirmada o rechazada; *b*) una circunstancia que pertenece, en cambio, a la prueba del hecho principal y que permite formular inferencias que no se refieren a la existencia del hecho a probar sino a la credibilidad y la aceptabilidad de la prueba[62].

En ambos casos se trata de un «hecho secundario» en el sentido anteriormente definido, pero una cosa es que de éste se extraiga una inferencia sobre el hecho principal y otra es que de él se extraiga una inferencia sobre la aceptabilidad de la prueba que versa sobre el hecho principal. El primer supuesto es el del indicio extraído de las circunstancias del hecho a probar[63], el segundo es el referido, por ejemplo, a las relaciones entre un testigo y una parte, las capacidades psico-físicas del testigo, las modalidades de su declaración (reticencias, contradicciones) o bien el estado de un documento (como la presencia de tachaduras o borrones).

En ambos casos la prueba es indirecta, pero en el primero de ellos se está ante una prueba que, aunque sea indirectamente, tiene como finalidad la demostración del hecho a probar, mientras que en el segundo de los casos se está ante una prueba *subsidiaria* en la medida en que pretende fundamentar la valoración acerca de la aceptabilidad de otra prueba[64]. En este supuesto, en realidad, el hecho secundario objeto de la prueba no sirve de premisa para inferencias acerca de los hechos de la causa, sino para inferencias acerca de la credibilidad de un medio de prueba: precisamente, en este carácter instrumental respecto de la prueba destinada a ofrecer la demostración del hecho consiste la función subsidiaria de este tipo de prueba.

62. La distinción se formula en términos generales en el ámbito del análisis de los problemas de *evidence and inference*. Se denomina, en efecto, *convergent evidence* a la situación en la que distintos hechos fundamentan inferencias que confirman la misma conclusión (esto es, en la que todo hecho es un elemento de prueba indirecta) y *supportive ancillary evidence* a la prueba que versa sobre la credibilidad de la fuente que ofrece conocimientos. Cf. Schum, *Evidence and Inference for the Intelligence Analyst*, I, Lanham-New York-London, 1987, pp. 67 ss., 215 ss., y II, pp. 49 ss. Ampliamente, sobre los problemas de crítica del elemento de prueba, v. Eggleston, *op. cit.*, pp. 189 ss. V. también, *supra*, capítulo IV, 2.

63. Sobre el concepto de indicio v., *infra*, apartado 3.1.

64. Sobre el concepto de inferencia probatoria como elemento subsidiario para la valoración de otras pruebas v., *infra*, apartado 3.2.

2.2. *Prueba directa y contraria, positiva y negativa*.–En términos de la relación entre prueba y hecho, surge otra distinción; aquella que distingue entre *prueba directa* y *prueba contraria*[65]. Se está ante una prueba directa cuando ésta pretende demostrar la existencia del hecho a probar, mientras que la prueba es contraria si pretende demostrar que ese hecho no se ha producido.

Vale la pena realizar algunas observaciones sobre ambos términos de la distinción. Sobre el primero de ellos debe destacarse que no es adecuado utilizar la misma expresión para indicar dos fenómenos distintos: como se ha visto anteriormente, «prueba directa» designa la prueba que tiene por objeto un hecho principal, no la prueba que pretende demostrar la existencia de ese hecho. Se podría tener, por otra parte, superponiendo las dos distinciones, una prueba directa contraria si, por ejemplo, el objeto de la prueba es la negación de un hecho principal, o una prueba directa indirecta, si versa sobre un hecho secundario del que se puede derivar la afirmación del hecho principal, o también una prueba directa directa (¿directa al cuadrado?) cuando verse sobre la afirmación de este último hecho.

Para evitar fenómenos lingüísticos poco elegantes como éstos, sería quizás mejor hablar de prueba *positiva*, o *afirmativa*, en lugar de prueba directa, cuando se quiera aludir a la prueba que pretende confirmar una aserción relativa al hecho principal (de forma que se dispondrá de pruebas positivas directas o indirectas). No hay, en cambio, inconvenientes análogos respecto de la prueba *contraria* (que, a su vez puede ser directa o indirecta), pero, aunque sólo sea por simetría y por mayor proximidad a lo que se quiere designar, se podría denominar *negativa* a la prueba que pretende demostrar la fundamentación de una aserción que niega el hecho a probar.

Sobre la prueba *negativa* (o contraria) hay que observar que tiene una autonomía funcional propia y encuentra su espacio siempre que se trata de demostrar que un hecho no se ha producido. De este modo, la prueba negativa se caracteriza por su finalidad (la demostración de la aserción que niega un hecho), no por contraponerse en el proceso a una prueba positiva[66]: a menudo sucede, en realidad, que la prueba

65. Cf. Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 237 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., p. 201] (quien parece, por otra parte, contraponer la prueba contraria a la prueba «plena», haciendo así imprecisa y discutible la distinción), y, muy claramente, Liebman, *op. cit.*, II, p. 95. También esta distinción está muy difundida y por ello resultan superfluas indicaciones bibliográficas adicionales.

66. Sobre el supuesto de «negación del hecho» v., más ampliamente, capítulo IV, 1.2.

negativa se utiliza para oponerse a pruebas positivas, pero es posible obviamente que la prueba negativa «aparezca sola» siempre que se trate, en todo caso, de probar la negación de un hecho.

Al respecto, vale la pena precisar también que se dispone de una prueba negativa cuando la negación de un hecho constituye estrictamente el «hecho a probar» a los efectos de la decisión, aunque en realidad lo que se prueba es un hecho positivo. El problema surge en el caso de la prueba negativa indirecta, donde el «hecho a probar» es la inexistencia de un hecho pero el objeto de la prueba es la existencia de un hecho (distinto).

Esto sucede cuando la demostración negativa de un hecho se produce mediante la demostración (positiva) de un hecho incompatible con aquél[67]. Es el problema de la prueba de la coartada, mediante la que se puede probar que *no* se ha estado en un determinado lugar en un cierto momento demostrando (por ejemplo mediante testigos) que en ese mismo momento se estaba en otro lugar. La prueba de la coartada es positiva si se tiene en cuenta su objeto inmediato, pero es negativa si se tiene en cuenta la función que desarrolla respecto del «hecho principal» a probar.

Es necesaria una última precisión a propósito de la expresión «prueba negativa». Debe quedar claro que se propone su utilización para hacer referencia a las pruebas que pretenden demostrar la fundamentación de la negación del hecho a probar. Algo muy distinto es el *resultado negativo* de la prueba, que se produce cuando ésta no aporta resultados utilizables para la determinación de los hechos de la causa. Estando claro que el fracaso de una prueba es un no-resultado, que no dice nada sobre la existencia o inexistencia del hecho que se trataba de probar y que, por tanto, no ofrece demostración negativa alguna[68], debe estar claro también que un resultado negativo puede obtenerse tanto respecto de las pruebas positivas como de las pruebas negativas; pero ésta es una eventualidad que no afecta a la finalidad o al objeto de la prueba.

2.3. *Prueba histórica y prueba crítica*.–Una de las clasificaciones más difundidas en la doctrina italiana sobre las pruebas es la que, siguiendo a Carnelutti, distingue entre *prueba histórica* y *prueba crítica*[69]. No obs-

67. Sobre esta situación v., ampliamente, capítulo IV, 1.3.
68. V., más ampliamente, capítulo IV, 1.1 y 1.2.
69. Al tratarse de una terminología ampliamente difundida no es posible detallar los lugares en los que aparece o es definida o redefinida. Cf., por ejemplo, Carnelutti, *La prova civile*, pp. 70 s., 118 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 59 s., 99].

tante, a la notoriedad de esta distinción no le sigue una claridad y perspicuidad equivalente; es más, se trata de una de las categorizaciones menos claras y, por tanto, menos útiles entre las muchas que integran las habituales teorizaciones del fenómeno probatorio.

En gran medida, esto se debe a quien ha propuesto e impuesto esta distinción a la doctrina italiana, es decir, a Francesco Carnelutti, cuya fantasía definitoria era muy superior a su rigor analítico; en medida no desdeñable, de todos modos, también se debe a la doctrina que ha recibido la distinción carneluttiana sin clarificarla aceptablemente[70]. Carnelutti utiliza definiciones discutibles y también diversas y cambiantes.

Entre las definiciones discutibles, dos merecen ser señaladas para aclarar la fragilidad teórica de la base sobre la que se fundamenta la distinción que se está analizando. La prueba histórica se define por «el carácter de la fuente, que es, precisamente, el medio de la historia, o sea, la memoria del hombre»[71]: no es mucho para justificar la denominación de «prueba histórica» y, especialmente, no se trata de una definición precisa.

A su vez, aunque en el contexto de una contraposición a la prueba histórica definida de otra forma, la prueba crítica o «lógica» es definida como «prueba de las reglas», sin aclarar, no obstante, de qué reglas se habla[72].

Por otra parte, en el pensamiento de Carnelutti y en la doctrina que lo recibe, existen no menos de cinco versiones distintas de la distinción entre prueba histórica y prueba crítica. Vale la pena mencionarlas sintéticamente, para comprobar cuál es el significado y la valencia conceptual de esta distinción.

Según una primera versión, la distinción entre prueba histórica y prueba crítica se corresponde a la ya estudiada distinción entre prueba directa y prueba indirecta: la prueba histórica sería directa, mientras que la prueba indirecta sería crítica[73]. Siendo así, la distinción sería cla-

70. Entre los numerosos apuntes críticos al respecto v. Andrioli, *Prova*, cit., p. 270; también formula reservas importantes Verde, *op. cit.*, p. 603.
71. Cf. Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 118 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., p. 99], donde incluye y discute esta distinción, aunque bajo otros aspectos.
72. Carnelutti, *ibid.*, pp. 70 ss., 118 [tr. cast., *ibid.*, pp. 59 ss., 99], toma esta distinción de la doctrina alemana y trata de analizarla, pero con resultados poco exitosos. Parecería, pero el autor es muy oscuro en este punto, que por «prueba de las reglas» hay que entender la prueba que supone el uso de reglas lógicas, pero la misma expresión está referida también a la prueba de las máximas de experiencia.
73. Cf. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 68 ss., 118 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 58 ss., 99]. En el mismo sentido, Chiovenda, *op. cit.*, p. 813 [tr. cast., *op. cit.*, vol. II, pp. 299 s.].

ra si también lo fuese la distinción entre prueba directa y prueba indirecta[74], pero resultaría inútil complicar el lenguaje hablando *también* de prueba histórica o crítica. La claridad del discurso se pierde, sin embargo, cuando se sostiene que, en realidad, la prueba histórica y la prueba crítica son subespecies de la prueba indirecta[75].

En una segunda versión la distinción versa sobre el objeto de la prueba. En ese sentido, sería histórica la prueba que versa sobre los hechos, mientras que sería crítica, como se ha dicho anteriormente, la prueba que versa «sobre las pruebas»[76]. La distinción plantea problemas porque se está habituado a pensar que todas las pruebas versan sobre hechos (excepto los supuestos excepcionales en que las normas jurídicas deben probarse en el juicio). Por otra parte, no está claro cuáles son las «reglas» que se prueban mediante las pruebas críticas: por lo que parece no se trata de reglas jurídicas; se hace referencia, en cambio, a reglas *lógicas* que el juez debería utilizar para realizar el juicio sobre el hecho a probar. Sin embargo, suena extraño denominar «prueba de las reglas» a la que el juez puede usar *mediante* reglas lógicas, aunque sólo sea porque de esta forma se prueban siempre hechos, que el juez usará como premisas para extraer conclusiones sobre el hecho a probar. En todo caso, parece que de este modo alambicado se hace referencia, de nuevo, a la prueba indirecta: así pues, nada realmente nuevo, pero muchas complicaciones superfluas.

En una tercera versión la distinción versa sobre la actividad mental que el juez desarrolla para utilizar la prueba: la prueba histórica es, entonces, aquella que implica una actividad de percepción, mientras que la prueba crítica es aquella que se reduce a una actividad deductiva (manteniéndose que la primera versa sobre hechos y la segunda sobre «reglas»)[77]. La distinción, en estos términos, no es clara: por un lado, algún elemento de percepción está presente en todas las pruebas[78]; a su vez, la de «deducción» es una definición lógicamente inapropiada del razonamiento del juez en la valoración de las pruebas, a no ser que con ella se quiera hacer referencia genéricamente a la «actividad lógica»,

74. Sin embargo, no lo es en el pensamiento de Carnelutti: v., *supra*, apartado 2.1.
75. V., en efecto, Carnelutti, *Sistema*, cit., I, pp. 683 s. [tr. cast., *Sistema*, cit., II, pp. 406 s.].
76. Cf. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 70 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 59 ss.]
77. Cf., una vez más, Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 70 s., 74 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 59 s., 63 s.].
78. Así, en efecto, lo manifiesta el propio Carnelutti, *ivi*, 64 ss., 73 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 54 ss., 62].

en cuyo caso debe reconocerse que ésta se requiere por todas las pruebas y no sólo por algunas. En todo caso, en el mejor de los supuestos, esta distinción es una enésima reformulación, no particularmente útil, de la distinción entre prueba directa e indirecta.

En una cuarta versión la distinción entre prueba histórica y prueba crítica se traza en el sentido de que la primera introduce en el proceso el juicio de un tercero que opera como *homo iudicans*: dado que «es el juicio que sirve para hacer la historia», esta prueba se denomina precisamente «histórica». La típica prueba histórica es la declaración testifical: el testigo formula juicios sobre los hechos que declara y no se limita a contarlos, de forma que su deposición es un conjunto de juicios que, precisamente, «hacen la historia»[79]. Al contrario, la prueba crítica pone bajo la mirada del juez una *res iudicanda*, es decir, una cosa que provoca el juicio del juez, de forma que esta prueba «consiste en este juicio del juez»[80]. En resumen, pues, la prueba histórica consistiría en un juicio de un tercero y la prueba crítica en un juicio del juez. En esta formulación no faltan elementos de novedad respecto a las que ya han sido presentadas[81], pero suscita también perplejidad[82]: es verdad, en efecto, que algunas pruebas contienen o producen «juicios» en forma de declaraciones o narraciones, pero también sobre estos «juicios» debe tener lugar posteriormente el juicio del juez. Éste sirve, en cualquier caso, para valorar la aceptabilidad de la prueba, es decir, para controlar la fundamentación de los juicios formulados, por ejemplo, por el testigo[83]. Además, puede suceder que las declaraciones testificales o los documentos sean tratados como *res iudicandae* si versan sobre hechos secundarios y requieren, por tanto, que el juez formule juicios para llegar al hecho principal.

Finalmente, en una quinta versión, parece que por prueba histórica debe entenderse la prueba que ofrece una *representación* del hecho, en la medida en que sea capaz de «provocar la idea correspondiente al

79. Cf., también para las citas textuales, Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., pp. 129 ss. [tr. cast., *Derecho y proceso*, cit., pp. 146 ss.].
80. Cf. Carnelutti, *op. ult. cit.*, pp. 131 s. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 149 s.].
81. V., en efecto, Carnelutti, *ivi*, p. 131, nota 1 [tr. cast., *ivi*, p. 149, nota 16].
82. Algunas perplejidades son terminológicas: puede extrañar, en efecto, que el *homo iudicans* no sea el juez sino el testigo y que la *res iudicanda* no sea el objeto del proceso, o el hecho a probar, sino el indicio o el hecho secundario.
83. Al respecto, Carnelutti (*ivi*, p. 132 —tr. cast., *ivi*, p. 150—) destaca que una prueba crítica sirve para valorar una prueba histórica, sin advertir que, en realidad, lo que plantea problemas es la propia distinción, no la eventual combinación de sus términos. La «verdadera maraña» de la que habla (*ibid.*) proviene en realidad del hecho de que esa distinción es mucho menos rigurosa de lo que el propio Carnelutti cree.

hecho»[84]; la prueba crítica, en cambio, sería aquella que no ofrece una representación del hecho y que supone que el juez reconstruya indirectamente el hecho[85]. También esta formulación introduce algo distinto respecto de las ya presentadas, pero no por ello resulta más precisa y concluyente. En efecto, dicha formulación se basa en la idea de «representación», que no es clara desde el punto de vista lógico ni desde el psicológico[86] y que, en cualquier caso, tiende a hacer coincidir la distinción entre prueba histórica y prueba crítica con la distinción entre prueba representativa y no representativa. Pero, dado que esta última distinción parece tener mayor consistencia, la distinción entre prueba histórica y prueba crítica pierde significado y se configura como una duplicación poco útil.

El hecho de que esta distinción tenga no menos de cinco significados en el pensamiento de su principal autor no demuestra su riqueza teórica o utilidad heurística sino únicamente su ambigüedad y vaguedad. Ciertamente, en algunos «segmentos» de los diversos significados atribuidos a la distinción entre prueba histórica y prueba crítica se captan aspectos relevantes e interesantes del fenómeno probatorio. No se puede decir, sin embargo, que éste resulte definido de forma concluyente por esta distinción, ni siquiera pensando en las cinco versiones conjuntamente. De la suma de estas versiones resulta, en cambio, una tipología confusa, que contiene redundancias y superposiciones, repeticiones de otras tipologías, así como distinciones basadas en criterios heterogéneos y genéricos, cuando no inaceptables. El hecho de que las distintas versiones se distribuyan en el largo período de tiempo que va desde 1914 a 1958[87], en la compleja reflexión que Carnelutti ha dedicado a la distinción examinada, no elimina esos defectos y no impide que se concluya que esa reflexión no contiene una teorización aceptable de la prueba.

2.4. *Representación, reproducción, narración y reconstrucción.*– Entre los numerosos problemas que afectan a la naturaleza y a la función de las pruebas adquiere relevancia el que se refiere a la «re-

84. Cf. Carnelutti, *Sistema*, cit., I, pp. 681 ss. [tr. cast., *Sistema*, cit., II, pp. 405 ss.], donde se evoca (pero no está claro de donde proviene) un «principio de la equivalencia perceptiva».

85. Cf., *Sistema*, cit., I, pp. 683, 711 ss. [tr. cast., *Sistema*, cit., II, pp. 406 s., 434 ss.]. En sentido análogo, Verde, *op. cit.*, p. 603.

86. V., *infra*, en el apartado siguiente.

87. Es decir, desde la fecha de la primera adición de *La prova civile* a la de las sintéticas observaciones llevadas a cabo en *Diritto e processo*.

presentación del hecho» por parte —o a través— de la prueba; es más, se plantea una distinción entre *pruebas representativas* y *pruebas no representativas*[88]. Naturalmente, el aspecto problemático de esta distinción está constituido precisamente por el concepto de representación[89], dado que no es fácil definir en qué consiste la función o la eficacia representativa de una prueba. Al respecto, se subraya justamente que la representatividad deriva de un juicio que establece una relación entre la prueba y el hecho que se considera representado[90], pero los problemas comienzan a plantearse cuando se quiere definir esa relación. Fórmulas como la que sostiene que la representación es un sustituto de la percepción porque refleja la imagen del hecho[91], se fundan en un análisis poco aceptable de los mecanismos psicológicos que se consideran implicados en el fenómeno de la prueba. Por otra parte, es dudoso que el concepto de representación pueda extenderse hasta incluir, además de enunciados que describen hechos o acontecimientos, también la reconstrucción del hecho que se formula sobre la base de las presunciones[92]. El propio Carnelutti excluía, en efecto, que las declaraciones fueran representaciones[93] y reconocía en las presunciones la típica prueba no representativa[94]. Dicha extensión, por otra parte, haría inútil el mismo concepto de representación, en la medida en que la configuraría como un dato presente en todos los tipos de prueba.

No parece que se puedan alcanzar resultados apreciables por la vía de definiciones abstractas y generales de «representación» o de «representatividad», hasta el punto de que el propio Carnelutti renunció a intentar profundizaciones adicionales[95]. En cambio, quizás pueda capturarse algún elemento significativo empleando categorías menos ge-

88. Cf., en particular, Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 106 ss., 118, 122 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 89 ss., 99, 105 ss.]; Id., *Sistema*, cit., I, pp. 681 ss., 711 ss. [tr. cast., *Sistema*, cit., II, pp. 405 ss., 434 ss.].

89. Cf. Denti, *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 713.

90. Cf. Denti, *op.* y *loc. ult. cit.*

91. Cf. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 122 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, cit., pp. 105 ss.]; Id., *Sistema*, cit., I, pp. 681 s. [tr. cast., *Sistema*, cit., II, pp. 405 ss.].

92. Sobre ambos puntos v., en cambio, Denti, *op. ult. cit.*, p. 714.

93. Cf., por ejemplo, *La prova civile*, cit., p. 118 [tr. cast., *La prueba civil*, cit., p. 99].

94. Cf., por ejemplo, *Sistema*, cit., I, p. 711 [tr. cast., *Sistema*, cit., II, pp. 434 s.].

95. V. *Diritto e processo*, cit., pp. 128 s. [tr. cast., *Derecho y proceso*, cit., pp. 145 s.], donde, por otra parte, se anuncia la superación del concepto de prueba representativa a favor de la distinción entre juicio del tercero y juicio del juez, discutida en el párrafo precedente.

néricas y más próximas a las modalidades con las que puede manifestarse la relación entre prueba y hecho.

En algunos supuestos la función típica de la prueba es ofrecer una *reproducción* de un hecho o de un acontecimiento. Esto es, la prueba tiende a ofrecer al observador «algo» en lo que puede ser identificado un equivalente del hecho: naturalmente es, en muchos casos, un equivalente *parcial*, dado que un hecho no puede ser materialmente reproducido de forma íntegra; sin embargo, es un equivalente *suficiente* para que se puedan conocer los aspectos del hecho necesarios a los efectos de la prueba. Es más, de ello deriva la relevancia de la prueba en relación con ese hecho: del mismo se reproducen los aspectos que son útiles para el proceso, no su totalidad empírica.

Así pues, son pruebas *reproductivas* los que Carnelutti llamaba «documentos directos»[96], es decir, las fotografías, las grabaciones en cintas, las películas cinematográficas, así como las cintas de vídeo y cualquier otra «reproducción mecánica» en el sentido lato en que se utiliza la expresión por el artículo 2712 cod. civ. it. Pero también puede ser considerado como reproductivo el documento escrito, si por «hecho a probar» se entiende la declaración que en él se contiene, tal como queda objetivada en una secuencia ordenada de palabras. Con mayor razón, tienen naturaleza reproductiva las fotocopias, los telefax y todos los demás documentos cuya función específica es, precisamente, la de ser idénticos al original en cuyo lugar se utilizan.

En otros casos, la función típica de la prueba es la de ofrecer una *narración* de un hecho o de un acontecimiento. El resultado de la prueba, que se toma en consideración por el juez, es un enunciado o una serie de enunciados relativos al hecho o al acontecimiento, que presentan las modalidades en que se han producido. No es relevante al respecto que la narración implique juicios por parte del sujeto que la realiza, ni importa tampoco el tipo de discurso o el estilo en el que aquélla se efectúe: lo que importa es, precisamente, que la prueba consista en enunciados que narren hechos (o describan cosas o acontecimientos). No hay reproducción, porque quien narra no reproduce el objeto narrado, pero se refiere a él mediante el instrumento del lenguaje. La narración, sin embargo, no menos que la reproducción, permite conocer el hecho narrado a través de la comprensión del lenguaje.

La típica prueba *narrativa* es la declaración testifical, pero también lo son todas las pruebas que consisten en la enunciación de hechos de los que se afirma la verdad (como, por ejemplo, la confesión o el jura-

96. V. *Sistema*, cit., I, p. 683 [tr. cast., *Sistema*, cit., II, p. 406].

mento). Y también es narrativo el documento escrito, cuando no se utiliza para probar la declaración que en él se incluye, sino para probar el hecho que es el objeto de la declaración.

En otros casos, finalmente, la prueba no reproduce el hecho, ni lo narra o lo describe. En esos casos se utiliza como prueba cualquier «cosa», hecho o evento que pueda servir de premisa para la *reconstrucción* del hecho que se trata de probar. El elemento de prueba es, típicamente, el «hecho conocido» que funda la presunción y se obtiene la prueba por medio de las inferencias que, sobre aquella premisa, permiten formular conclusiones acerca del «hecho ignorado» que es necesario demostrar. La reconstrucción del hecho es el resultado final de este procedimiento y consta de uno o más enunciados sobre el hecho a probar que son formulados por el juez sobre la base del razonamiento inferencial. Naturalmente, cualquier prueba puede ser utilizada como premisa para la reconstrucción inferencial de un hecho: también las pruebas reproductivas y las narrativas pueden serlo, con tal de que el hecho reconstruido sea distinto del que se reproduce o narra (así sucede, por ejemplo, cuando una fotografía es utilizada para establecer las modalidades de funcionamiento de la cámara, y no para conocer lo que ha sido fotografiado, o cuando una narración testifical es utilizada para valorar el conocimiento de la lengua por parte del testigo). De todo ello se deduce fácilmente que también la distinción examinada es funcional y no se refiere a la «naturaleza intrínseca» de los distintos medios de prueba.

2.5. *Otras distinciones*.–Una vez trazado de este modo un panorama crítico de las principales tipologías y distinciones referidas a la prueba, se impone la constatación obvia de que las que han sido examinadas son sólo una parte, incluso reducida, de las clasificaciones que se utilizan habitualmente. Se ha dicho ya anteriormente que cualquier intento de completud a este respecto está destinado al fracaso; sin embargo, a los efectos de un mero registro lexicográfico vale la pena recordar, en todo caso, los términos que se utilizan más a menudo, ofreciendo acríticamente sintéticas definiciones y omitiendo los simples elencos descriptivos de los diversos tipos de prueba. De esta forma, se puede recordar que:

— prueba *legal* es aquella cuya eficacia está predeterminada por la ley, mientras que la prueba es *libre*, o valorable libremente, si está sujeta a la valoración discrecional del juez[97];

97. V. ampliamente, *supra*, capítulo V, 2.3.

— prueba *típica* o *nominada* es aquella que está expresamente prevista por la ley, mientras que la prueba es *atípica* o *innominada* si la ley no la prevé[98];

— prueba *real* es aquella constituida por una cosa, *documental* es aquella constituida por un documento (pero cualquier cosa puede ser un documento)[99]; *personal* es aquella prueba ofrecida por una persona;

— prueba *preconstituida* es aquella que se crea antes y fuera del proceso, mientras que es *de formación procesal* aquella que se forma en el proceso, con los procedimientos expresamente previstos por la ley[100];

— prueba *científica* es aquella que requiere la utilización de metodologías científicas[101], *informática* es aquella que deriva de la utilización de tecnologías informáticas[102], y es *estadística* la prueba que deriva de la utilización de datos y metodologías estadísticas[103].

La lista podría continuar, pero parece evidente que se trata ya de meras definiciones lexicales, que capturan en cada caso, con escaso rigor y ninguna pretensión de profundización analítica, uno u otro aspecto de este o aquél medio de prueba. En todo caso, estas definiciones son una confirmación adicional del hecho de que la teoría de las pruebas es rica en vocablos pero muy pobre en conceptos aceptables y rigurosamente formulados.

3. *Variaciones y equívocos*.–Las oscilaciones de significado de la terminología referida a la prueba no se reducen a las que han sido analizadas hasta ahora —aunque éstas ya son numerosas—. Lo que se ha dicho en los apartados anteriores está referido sustancialmente al significado de «prueba» y las posibles variantes del mismo desde distintas perspectivas, pero presupone en todo caso la referencia a algo que puede ser unitariamente, aunque sea de forma genérica, definido como «prueba». El término ha sido utilizado hasta ahora en su sentido más amplio, es decir, para designar de forma indistinta todo lo que en el proceso puede servir para el conocimiento y la determinación de los hechos.

No obstante, debe tomarse en consideración que esta acepción general y omnicomprensiva de «prueba» no es la única posible y, de

98. V., *supra*, capítulo V, 3.
99. Cf. Denti, *op.* y *loc. ult. cit.*
100. V., *supra*, capítulo V, 2.2.
101. Cf. Denti, *Scientificità della prova*, cit., pp. 415 ss.
102. Cf. Verde, *Per la chiarezza delle idee in tema di documentazione informatica*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 715 ss.; De Santis, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli-Roma, 1988, pp. 73 ss.
103. V., *supra*, capítulo II, 5.2 y capítulo III, 3.4.

hecho, no es la única en el uso ampliamente prevaleciente. Existe, en efecto, una acepción más restrictiva, según la cual «prueba» designa sólo una parte de lo que está incluido en el fenómeno probatorio globalmente considerado. En sentido estricto, pues, serían «pruebas» aquellas que están en condiciones de tener una eficacia plena y autónoma, en la medida en que cada una de ellas, individualmente considerada, sea capaz de ofrecer la demostración del hecho al que se refiere. Sin embargo, no todo lo que es utilizado a los efectos probatorios está incluido en la categoría caracterizada por esta eficacia; hay supuestos, bastante numerosos, en los que elementos de conocimiento, incluso muy importantes a los efectos de la determinación del hecho, *no* tienen la eficacia que se considera típica de las pruebas. Por otro lado, se sostiene que existen supuestos en los que no es necesario que esa determinación se realice de forma plena y definitiva, como sucede habitualmente sobre la base de las pruebas en el sentido pleno del término, y en los que, por tanto, no opera —o no lo hace necesariamente— la idea habitual del conocimiento de los hechos adquirido mediante las pruebas. En esos supuestos se determinan hechos, pero se hace con modalidades e instrumentos distintos de los que caracterizan el procedimiento probatorio ordinario.

De esta forma, se delinea una doble distinción: por un lado, existen las pruebas *tout court* y elementos de prueba que no tienen el carácter típico de la prueba, especialmente en lo que se refiere a la capacidad autónoma de ofrecer la demostración del hecho; por otro lado, están las situaciones en las que la decisión se funda sobre una determinación plena de los hechos y situaciones en las que se determinan hechos, pero donde éstos no son determinados de forma completa y definitiva, sino sólo de un modo provisorio y sumario.

Esta doble distinción acaba creando una serie de problemas relevantes —aunque no exclusivamente[104]— desde el punto de vista del significado de «prueba». Es más, se puede decir que esa doble distinción individualiza áreas en las que las definiciones habituales resultan aún más inciertas y variables y donde es más fácil encontrar equívocos y errores conceptuales que nociones claras y aceptables. En efecto, si ya es problemático definir lo que se entiende por «prueba» en sentido estricto, aún más problemático es establecer lo que se distingue de esta

104. Algunos de estos problemas afectan principalmente, como se verá en los apartados 3.3 y 3.4, a la diferenciación entre tipos de procedimiento y tipos de decisión, y sólo indirectamente y como consecuencia afectan al tema de la prueba y de la determinación de los hechos.

acepción de la prueba, aun constituyendo un instrumento de conocimiento de los hechos, y más difícil es, todavía, identificar el criterio de separación entre lo que es «prueba» y lo que no lo es. Del mismo modo, no es fácil establecer, como ya se ha visto anteriormente[105], en qué consiste la verdadera y estricta determinación de los hechos sobre la base de las pruebas, pero es aún más difícil distinguir formas de establecimiento de los hechos que no equivalen a una verdadera determinación y que, sin embargo, pueden fundamentar una decisión judicial. Sobre el segundo término de ambas distinciones surgen, pues, problemas que hasta ahora no han sido abordados y que merecen aquí un examen al menos aproximativo[106].

Antes de proceder a ese examen, es necesario precisar que las dos distinciones recién trazadas no son homogéneas y correspondientes entre sí, lo que puede producir problemas adicionales. Esto es, no es verdad que se utilicen exclusivamente las pruebas en sentido estricto cuando se trata de proceder a la determinación plena y definitiva de los hechos de la causa, y que se empleen los demás elementos de prueba cuando el hecho deba ser establecido de forma sumaria y no definitiva. Al contrario: por un lado, también los elementos de prueba que no son «pruebas» en sentido estricto pueden ser utilizados —y lo son muy a menudo en la práctica— para la determinación ordinaria de los hechos; por otro lado, no está excluido en absoluto que también se utilicen pruebas en sentido estricto cuando se trata de obtener un establecimiento sumario y provisorio de los hechos de la causa. Parece, pues, evidente que estas distinciones constituyen una forma para individualizar problemas, más que un modo para solucionarlos. Como ya se ha dicho anteriormente, esas distinciones conducen a considerar áreas en las que se presentan nociones vagas y conceptos poco rigurosos, dominando las confusiones y las variaciones de significado. En esas áreas no parece fácil llegar a clarificaciones y clasificaciones precisas; en todo caso, cualquier intento de poner en evidencia las variaciones, respecto de los conceptos-base de prueba y de determinación de la verdad de los hechos, y de señalar los numerosos equívocos que en este punto se producen puede resultar útil.

3.1. *Pruebas, presunciones e indicios*.–Las presunciones simples ofrecen una buena oportunidad para analizar algunas variantes del

105. V., en particular, el capítulo IV.

106. Algunos de estos problemas, como los que afectan a la tipología de los procedimientos y de las resoluciones judiciales, escapan en gran medida de la problemática de la prueba y no pueden ser estudiados aquí.

significado del término «prueba»[107]. Por un lado, en efecto, las referidas presunciones son reconducidas a la categoría de las pruebas, como ocurre cuando las presunciones simples se califican como pruebas indirectas o como pruebas críticas[108]. Por otro lado, sin embargo, surgen problemas no desdeñables para establecer cuándo, y bajo qué condiciones, las presunciones simples pueden constituir la prueba del hecho.

El artículo 2727 cod. civ. it., apoyándose en una destacable tradición[109], define las presunciones simples como las implicaciones que el juez extrae de un hecho conocido para llegar a un hecho ignorado. Es, pues, evidente que la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el «hecho ignorado») partiendo de un hecho ya conocido o probado (el «hecho conocido»), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de experiencia[110]. En consecuencia, el legislador deja las presunciones a la «prudencia» del juez, como dice el artículo 2729 cod. civ. it., precisamente porque se trata de razonamientos e inferencias que dependen necesariamente de su convicción discrecional y no pueden ser de ningún modo reguladas y determinadas por la ley[111]. Sin embargo, al mismo tiempo el legislador muestra una neta desconfianza frente a esa «prudencia» del juez y de su capacidad de formular inferencias fácticas aceptables y lógicamente fundamentadas, introduciendo al respecto límites legales. Además de la exclusión de las presunciones en los casos en que no se admite la prueba testifical, que respon-

107. No se toman en consideración las presunciones legales (absolutas o relativas), a pesar de que el artículo 2727 cod. civ. it. las asimile a las presunciones simples. Dicha asimilación es, por otra parte, absolutamente impropia y proviene de un error conceptual consistente en considerar idénticos fenómenos que, en realidad, son distintos. Al respecto, cf. Taruffo, *sub* artículo 2727, en *Commentario al codice civile*, dirigido por P. Cendon, Torino, 1991, vol. VI, p. 209; Andrioli, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, en *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 766.

108. V., *supra*, en este capítulo, apartados 2.1 y 2.3.

109. Sobre la formulación análoga del artículo 1349 del cod. civ. it. de 1865 v., por todos, Lessona, *op. cit.*, V., pp. 311 ss. En general, sobre la regulación de las presunciones en las codificaciones del siglo XVIII v. Cordopatri, *Presunzione. d) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 286 ss.

110. Para el análisis de la estructura de este razonamiento y la definición de «hecho conocido» y «hecho ignorado» cf., más ampliamente, Taruffo, *Certezza e probabilità nelle prezunzioni*, en *Foro It.*, 1974, V, 83 ss. Sobre la presunción como argumento que va del hecho conocido al hecho ignorado v., entre lo más reciente, Cordopatri, *op. cit.*, p. 297.

111. En la lógica del código esto es así por definición, dado que las presunciones simples se definen en el propio artículo 2729 precisamente por exclusión: se trata, en efecto, de las presunciones «no establecidas por la ley».

de a una *ratio* distinta que aquí no importa[112], es importante la previsión de que las presunciones sólo serán admitidas si son «graves, precisas y concordantes». La norma habla impropiamente de «admisión», ya que para las presunciones no hay un filtro preliminar de admisibilidad como el que rige para las pruebas de formación procesal; se trata, en cambio, de una verdadera norma de *prueba legal negativa* en sentido estricto, en la medida en que excluye que las presunciones —entendidas como resultado de las inferencias formuladas por el juez— puedan constituir prueba del hecho si no presentan aquellos requisitos. La *ratio* de la norma es clara: no toda inferencia que vaya de «un hecho conocido» al «hecho ignorado» ofrece la prueba de este último, dado que pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en todo caso, tan «débiles» como para no ser suficientes a ese efecto; en cambio, es concebible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas por el juez sean suficientemente «seguras» y «fuertes» para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Precisamente por esto se puede hablar de una regla de prueba legal negativa: la norma no discrimina, en efecto, sobre la base de un criterio abstracto (referido al tipo de prueba, al hecho a probar o a ambos), sino haciendo referencia a grados de aceptabilidad del resultado de la inferencia probatoria y calificando como «prueba» únicamente los resultados más aceptables y como «no prueba» los resultados menos aceptables.

Todo esto no crearía particulares problemas si la fórmula de la «gravedad, precisión y concordancia» consiguiera definir de un modo claro cuándo y en qué condiciones las presunciones simples constituyen una prueba del hecho y resolviese, por tanto, todos los problemas referidos a la utilización probatoria de las inferencias presuntivas. Sin embargo, es fácil constatar que esto no es así: por un lado, no está claro lo que sucede cuando los requisitos en cuestión no se cumplen y, por otro, se presentan problemas respecto del significado y el alcance de esos requisitos.

Respecto del primer problema, debe precisarse que, cuando se dan presunciones que no son graves, precisas y concordantes, no se da la prueba del hecho en el sentido de que aquéllas no son *suficientes por sí solas* para hacer que el juez considere el hecho como verdadero, pero esto no supone que no sean utilizables en absoluto a los efectos probatorios. Puede suceder, en efecto, que las inferencias presuntivas no permitan obtener nada útil para la prueba de los hechos, porque sean absolutamente vagas o contradictorias, pero puede suceder también que esas inferencias aporten algo significativo respecto de los hechos a probar. En este segundo supuesto se estaría ante una inferencia que atribuye un grado de confirmación «débil» a la hipótesis sobre el hecho, pero que sería, no obstante, utilizable si converge con las conclusiones que se pueden obtener a partir de otras pruebas[113]. En resumen, las presunciones que no tengan las características indicadas por el artículo 2729 cod. civ. it. no aportan autónomamente la prueba del hecho, pero esto no excluye que puedan ser en todo caso tomadas en consideración a los efectos probatorios, conjuntamente con otros elementos de prueba. Se puede decir, entonces, que las presunciones «insuficientes» pueden constituir elementos de prueba utilizables si son relevantes, del mismo modo que ocurre con las llamadas inferencias probatorias[114]. En efecto, parece razonable, más allá de lo establecido por el artículo 2729, aplicar el criterio general según el cual todo elemento de prueba lógicamente relevante puede ser valorado en la medida en que contribuya a la determinación del hecho[115].

Los problemas más importantes surgen, por otra parte, respecto de los criterios establecidos por el artículo 2729.

No parece simple en absoluto comprender qué es la «precisión» de una inferencia presuntiva. Se dice, en realidad, que es precisa cuando es *unívoca*[116], es decir, cuando permite derivar conclusiones referidas al hecho a probar y no a otros hechos conjuntamente. Por otro lado, dado que de cualquier hecho pueden derivarse infinitas conclusiones respecto de otros hechos si se adoptan los adecuados criterios de inferencia, el criterio de la univocidad no puede ser entendido de forma lógicamente absoluta (de modo que se daría sólo en el caso imposible en el que el «hecho conocido» fundamentara una única inferencia y ésta estuviera referida al hecho a probar)[117], sino sólo de forma *relativa*. Por una parte, en efecto, importan únicamente las inferencias refe-

112. La pretensión que el legislador plantea es, en efecto, la de impedir que a través de la prueba por presunciones se eviten las normas que privilegian las pruebas escritas de determinados contratos: al respecto, y sobre las modalidades de aplicación de la norma, cf. Taruffo, *sub* artículo 2729, en *Commentario al codice civile*, cit., vol. VI, p. 215; Andrioli, *Presunzioni*, cit., p. 772.

113. Sobre la convergencia y la graduación de la confirmación v., en general, *supra*, capítulo IV, 3.2 y 4.1.

114. Al respecto, v., *infra*, apartado 3.2.

115. Sobre este criterio v., más ampliamente, *supra*, capítulo V, 2.1.

116. Cf., por ejemplo, Lessona, *op. cit.*, V., p. 323. Andrioli, *op. ult. cit.*, p. 721, no define autónomamente el requisito de la precisión y lo trata conjuntamente con el de la gravedad, afirmando genéricamente que el «procedimiento deductivo» no debe dejar lugar a dudas.

117. Sobre la univocidad/equivocidad lógica v. algunos comentarios en Taruffo, *Certezza e probabilità*, cit., p. 99.

ridas a los hechos de la causa, aunque sean posibles también otras infinitas inferencias. Por otra parte, es necesario tomar en consideración que se trata habitualmente de inferencias *probabilísticas* que, como tales, no son idóneas para producir conclusiones ciertas y absolutas sobre el hecho a probar. Es, pues, posible que del «hecho conocido» se obtengan conclusiones lógicamente distintas, pero no es esto lo que aquí importa. En efecto, lo que interesa es que, sobre un fondo de irreducible equivocidad teórica, se llegue sin embargo a formular una inferencia dotada de *univocidad práctica*: ésta se produce cuando la inferencia en cuestión atribuye un grado prevaleciente de confirmación a la hipótesis sobre el hecho a probar, es decir, cuando entre las diversas conclusiones que se pueden obtener a partir del «hecho conocido» la más probable es aquella que confirma la hipótesis sobre el hecho a probar[118]. Así pues, se dispone de una inferencia presuntiva «precisa» cuando ésta produce conclusiones probables sobre el hecho a probar, es decir, cuando la conclusión más probable que de ella se puede extraer se refiere a ese hecho.

Respecto del requisito de la «gravedad», se dice habitualmente que no está referido al grado de convencimiento que la presunción suscita en el juez[119], sino al grado de aceptabilidad que ésta atribuye a la conclusión que versa sobre el hecho a probar. Se trata, evidentemente, de un criterio elástico y vago, que escapa a toda definición rigurosa. Esto ha hecho que surgiera, especialmente en la jurisprudencia, un contraste entre dos acepciones fuertemente diferenciadas del requisito en cuestión: según una primera orientación, se estaría ante una presunción grave únicamente cuando la conclusión sobre el hecho a probar se derive del «hecho conocido» de forma cierta y absoluta, es decir, cuando ésta sea la única y necesaria consecuencia que se pueda obtener del hecho conocido; según una orientación distinta, en cambio, sería suficiente que la conclusión sobre el hecho a probar se derivara del hecho conocido por medio de una inferencia capaz de atribuir un grado de probabilidad adecuado (o de «certeza razonable») a la hipótesis sobre el hecho a probar[120]. Este contraste parece producirse sobre bases epistemológicas claramente infundadas, dado que la contraposición entre «certeza absoluta» y «certeza razonable» no tiene un significado preci-

118. V., más ampliamente, Taruffo, *op. y loc. ult. cit.*
119. Cf., por ejemplo, también para referencias bibliográficas adicionales, Lessona, *op. cit.*, V, p. 322.
120. Sobre estas orientaciones de la jurisprudencia y sus necesarias referencias cf. Taruffo, *sub* artículo 2729, cit., pp. 213 s.; Id., *Certezza e probabilità*, cit., pp. 86 ss., 98 ss.; Id., *Le prove*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 1368 ss., y *Le prove*, *ivi*, 1992, pp. 291 ss.

so[121]; por otra parte, la primera de las dos orientaciones interpreta la «gravedad» de la presunción de forma tan rigurosa que reduce a poquísimos y poco relevantes supuestos la posibilidad de utilización de las presunciones, dado que únicamente cuando la inferencia presuntiva se formula sobre la base de leyes absolutas (naturales o científicas), y no sobre simples máximas de experiencia, se podrá obtener realmente una conclusión que constituya la única y necesaria consecuencia de una premisa[122]. Parece, pues, evidente que la única acepción razonable del requisito que se está examinando es la que hace referencia a la naturaleza probabilística que es propia, en la casi totalidad de los casos, de las inferencias presuntivas[123]. Así pues, si se quiere ir más allá de las definiciones genéricas y meramente alusivas para utilizar nociones en alguna medida más rigurosas, debe hacerse referencia al concepto de *probabilidad prevaleciente* que ya ha sido analizado anteriormente[124]. Se puede decir que el concepto de «gravedad» de las presunciones puede definirse únicamente en función de la naturaleza probabilística de la inferencia presuntiva y, por tanto, no puede más que indicar la situación en que ésta atribuye un grado de confirmación a la hipótesis sobre el hecho a probar que la configura como la conclusión más aceptable entre las que pueden ser hipotéticamente obtenidas de la misma premisa (es decir, del «hecho conocido»).

Como puede observarse, si el análisis de los requisitos de precisión y gravedad toma en cuenta la estructura lógica de la inferencia presuntiva, se pone en duda la posibilidad de trazar una distinción conceptual rigurosa entre los dos requisitos. Éstos sólo se distinguen si los respectivos términos se utilizan de forma genérica y alusiva, como en el artículo 2729 cod. civ. it., y, en cambio, designan esencialmente la misma condición si se reconduce su significado a la lógica del razonamiento que el juez desarrolla para pasar del «hecho conocido» al «hecho ignorado».

Más problemática es la determinación del alcance del requisito de la «concordancia» de las presunciones simples.

Por un lado, parece evidente que esto plantea la necesidad de que, en presencia de diversas inferencias presuntivas (fundadas sobre diver-

121. Además, resulta legítima la impresión de que no se trata de verdaderos criterios epistemológicos sino de fórmulas usadas por la Corte de Casación para legitimar *ex post* un nuevo examen sobre el razonamiento presuntivo. En este sentido v., más ampliamente, Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 112, e Id., *sub* artículo 2729, cit., p. 214.
122. V., más ampliamente, Taruffo, *Certezza e probabilità*, cit., pp. 86 ss.
123. Para argumentaciones más detalladas v. los lugares citados en la nota 120.
124. Cf. capítulo V, 4.2.

sos «hechos conocidos»), éstas converjan hacia la misma conclusión: esto es, cada una de ellas debe ofrecer elementos de confirmación para la misma hipótesis sobre el hecho a probar[125]. Desde el punto de vista lógico, esta situación no plantea particulares problemas: en presencia de diversos elementos de prueba, el hecho de que converjan hacia la misma conclusión se traduce en un mayor grado de confirmación de la misma[126]; en cambio, si se dieran elementos de prueba o inferencias probatorias divergentes, resultarían confirmadas hipótesis distintas o contradictorias sobre el hecho[127] y podría suceder que ninguna de ellas alcanzara un grado de confirmación lógica suficiente para constituir una versión aceptable del mismo. Respecto de las presunciones, el requisito de la concordancia tiende a evitar que se considere probada una hipótesis de hecho que, en realidad, carezca de confirmación o no esté suficientemente confirmada porque resulten aceptables también otras hipótesis distintas sobre el hecho a probar, sobre la base de otras inferencias presuntivas. Por otra parte, no parece necesario que, en presencia de diversas presunciones simples, *todas* deban verdaderamente ser concordantes en la confirmación de la misma hipótesis. En realidad, para asegurar la fundamentación de la determinación de los hechos basada sobre distintas presunciones podría ser suficiente que *algunas* de ellas convergieran hacia una misma conclusión, con la condición de que las otras inferencias posibles no atribuyan un grado de confirmación igual o superior a una conclusión distinta sobre el hecho a probar. Desde este punto de vista, el requisito de la concordancia de las presunciones simples no se presenta de forma absoluta (es decir, necesariamente válido para todas las presunciones formulables en el caso concreto), sino *relativa* y concebible razonablemente en términos de prevalencia. Esto es, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes (esto es, sobre diversas presunciones concordantes) cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas[128].

Por otro lado, es posible dudar que la concordancia de las presunciones sea verdaderamente necesaria desde la perspectiva del valor o de la gravedad de las presunciones concretas. Es razonable pensar, en efecto, que para establecer la prueba de un hecho resulte necesaria de

125. En general, para el análisis lógico de la convergencia de pruebas cf. capítulo IV, apartado 3.2.
126. V. *ibid.*.
127. Cf. capítulo IV, 3.3.
128. Sobre el criterio de probabilidad prevaleciente v. capítulo IV, 4.2.

forma imprescindible la convergencia de varias inferencias presuntivas, cuando ninguna de ellas sea *por sí sola* suficientemente «grave» (en el sentido anteriormente especificado) como para constituir un fundamento suficiente para la hipótesis sobre el hecho. En ese caso, es precisamente la concordancia de las presunciones lo que hace surgir una prueba allí donde ningún «hecho conocido» por sí solo podría lógicamente producir ese resultado. La situación es distinta, sin embargo, cuando, entre varias inferencias presuntivas, haya al menos una suficientemente «grave» para ser capaz de atribuir un grado de confirmación suficiente a la hipótesis sobre el hecho. En ese caso, la concordancia de las presunciones puede no ser necesaria: si una presunción es capaz por sí sola de justificar la hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados «débiles» e insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevaleciente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas[129].

Por esta vía se puede alcanzar una solución también para el ulterior y más conocido problema acerca de si es siempre necesaria la pluralidad y la concordancia de presunciones simples, a los efectos de disponer de una prueba presuntiva del hecho, o si puede resultar suficiente una sola inferencia presuntiva, con la condición de que sea grave y precisa. Al respecto, una desconfianza fundada hacia el modo a menudo incorrecto en el que *de facto* los jueces adoptan las presunciones simples puede inducir justificadamente a leer el artículo 2729 cod. civ. it. de forma fuertemente restrictiva. Esto es, la exigencia de encontrar una base normativa para una garantía racional contra la arbitrariedad en las elecciones en materia de presunciones simples puede inducir a considerar aceptable únicamente la tesis más rigurosa, según la cual siempre sería necesaria una pluralidad de presunciones concordantes, con la eventual excepción de poquísimas hipótesis en las que la naturaleza de la inferencia presuntiva y del criterio cognoscitivo sobre el que ésta se basa hagan particularmente «segura» la presunción específica[130].

Sin embargo, debe quedar claro que la justificación de esta tesis se sitúa principalmente en el plano de la política del derecho, es decir, en el ámbito de la conveniencia de configurar garantías racionales contra

129. En general, es razonable la elección a favor de las hipótesis dotadas de probabilidad prevaleciente, aunque existan pruebas contrarias o divergentes: v., una vez más, capítulo IV, 4.2.
130. Sobre esta tesis v. más ampliamente, también para sus justificaciones, Taruffo, *Certezza e probabilità*, cit., pp. 106 ss.; Id., *sub* artículo 2729, cit., pp. 214 s.

la arbitrariedad y las distorsiones valorativas llevadas a cabo por los jueces en la determinación presuntiva de los hechos. No es casualidad, en realidad, que la jurisprudencia ampliamente dominante no acoja la tesis restrictiva y sostenga, en cambio, que una sola presunción simple, si es grave y precisa, puede ser suficiente para constituir la prueba del hecho[131].

En realidad, esta orientación más flexible y «abierta» no parece objetable desde el punto de vista lógico ni desde la perspectiva de la racionalidad del juicio de hecho; si, como se acaba de ver, la presunción que es capaz, por sí sola, de atribuir a la hipótesis sobre el hecho un grado de confirmación suficiente para considerarla aceptable es grave y precisa, no hay razón para negar que de ella se derive una prueba del hecho, dado que esa presunción produce un resultado equivalente al de una prueba en sentido estricto. Desde este punto de vista, como ya se ha dicho, la pluralidad concordante de presunciones simples es necesaria únicamente cuando ninguna de ellas es suficiente por sí sola para ofrecer una confirmación adecuada de la hipótesis sobre el hecho.

El problema no se plantea, sin embargo, en el plano de las estructuras lógicas, sino en el de la práctica judicial: si se tuviera la certeza de que en ésta se aplican racionalmente los criterios para una correcta formulación de las inferencias presuntivas, no habría necesidad de introducir ulteriores criterios para el uso probatorio de las presunciones simples. La falta de esa certeza explica la existencia de normas como el artículo 2729 cod. civ. it., que pretende vincular y encauzar la discrecionalidad de los jueces hacia resultados probatorios racionalmente fundados. En realidad, como también se ha visto hace poco, sólo en una primera aproximación resultan significativas estas normas y no parece que estén en condiciones de vincular realmente de forma analítica y para todos los casos la valoración del juez: criterios como los de la precisión, gravedad y concordancia se reducen, en efecto, a la indicación de que las presunciones sólo ofrecen la prueba del hecho si pueden atribuir a la hipótesis sobre el mismo un grado apreciable de confirmación lógica[132]. Sin embargo, normas como el artículo 2729 no son inútiles, aunque sólo sea porque expresan una indicación evidente del legislador en el sentido de la necesidad de un control racional sobre la utilización de las presunciones simples por parte del juez y de la conveniencia de evitar sobrevaloraciones de la eficacia probatoria de las inferencias presuntivas.

131. V. referencias en los lugares citados en la nota anterior.

132. En consecuencia, la distinción entre la situación en la que las presunciones integran la prueba del hecho y la situación en la que no alcanzan ese resultado viene determinada por el criterio de la probabilidad prevaleciente. Respecto de ese criterio cf. capítulo IV, 4.2.

Una noción vinculada en diversos aspectos con la problemática de las presunciones simples es la de «indicio». Esta noción se utiliza también ampliamente en el ámbito del proceso civil, aunque es más típica del proceso penal, pero a su difusión no le siguen la univocidad y la precisión de los conceptos.

El término «indicio» se utiliza, en efecto, al menos en tres acepciones principales. En una primera acepción, típica de la doctrina menos reciente, «indicio» es sinónimo de «presunción» (y de «conjetura»), en la medida en que indica el razonamiento o el argumento mediante el que se vinculan dos hechos, extrayendo de uno de ellos consecuencias para el otro[133].

En una segunda acepción, también muy difundida, «indicio» se distingue de «presunción» en la medida en que haría referencia a aquellos elementos de prueba que, a pesar de que no carecen de eficacia probatoria, no presentan los requisitos exigidos por la ley para la utilización de las presunciones simples. Se trataría, por tanto, de algo parecido a las presunciones simples, pero «más débil», incapaz de dar lugar a una verdadera presunción en sentido estricto[134]. Como es obvio, se hace referencia aquí a una noción muy genérica y definida únicamente en términos negativos (es indicio lo que no llega a ser una verdadera presunción simple), que parece tener sentido sólo en la medida en que tiende a recuperar elementos de conocimiento que pueden ser de alguna utilidad aunque estén dotados de un valor probatorio mínimo[135].

133. En este sentido v. por ejemplo, también para otras referencias bibliográficas, Lessona, *op. cit.*, V, p. 95 (aunque en sentido distinto v. el vol. I, p. 6). Análogamente, en la doctrina más reciente, cf. Andrioli, *Presunzione*, cit., p. 771.

134. Sobre esta noción de indicio, que parece estar presente en la jurisprudencia, v. un comentario en Ricci, *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo, 1990, pp. 173 s., y en Andrioli, *op.* y *loc. ult. cit.*

135. Cordopatri (*op. cit.*, p. 297) propone una distinción diferente entre indicio y presunción, según la cual la presunción se basaría únicamente en hechos secundarios alegados y probados, mientras que el indicio sería un hecho «muy remoto», por ser extraño a los que constituyen el supuesto de hecho concreto. Esta distinción no parece admisible. En efecto, ésta se plantea entre elementos no homogéneos (un argumento, esto es, la presunción, y un hecho: el indicio) y además, especialmente, no es verdad que la presunción pueda basarse únicamente en hechos secundarios alegados y probados en juicio. En efecto, el «hecho conocido» del que habla el artículo 2729 cod. civ. it. puede ser cualquier circunstancia, alegada y probada o no, siempre que sea judicialmente conocida por el juez, que sea idónea para fundar la inferencia presuntiva. Desde este punto de vista, no existen hechos más o menos «remotos» (cualquiera que sea la medida de la «lejanía» a la que se haga referencia), sino sólo hechos idóneos o no idóneos para servir de premisa de aquella inferencia. Por otra parte, tampoco se puede delinear una distinción

Existe, finalmente, una tercera acepción, más rigurosa y más clara, según la cual «indicio» hace referencia al «hecho conocido» o a la «fuente» que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar[136]. Entre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida.

El uso habitual de «indicio» oscila a menudo entre estas acepciones, lo que introduce elementos no desdeñables de ambigüedad en este ámbito del derecho probatorio. Esa ambigüedad es fácilmente superable con la utilización de la tercera definición mencionada; queda, sin embargo, el problema —al que ya se ha hecho referencia— de aquellos elementos de conocimiento indirecto que no son «graves» o «concordantes» en el sentido del artículo 2729 cod. civ. it. y que, por tanto, no constituyen verdaderas presunciones, a pesar de que son significativos. Por las razones que se acaban de ver, sería impropio llamar indicios a esos elementos, pero tampoco es razonable excluirlos del ámbito del material probatorio únicamente porque no se dispone de un nombre *ad hoc*[137]. Se puede hablar, genéricamente, de *elementos de prueba* para hacer referencia a todos los datos que sean de algún modo significativos para el conocimiento del hecho a probar y no estén incluidos en ninguna otra categoría; queda claro, por otra parte, que su valor probatorio tendrá que ser necesariamente inferior al de las presunciones simples, tal como se lo ha definido anteriormente en términos de grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar.

entre hechos (obviamente secundarios) que pertenecen al supuesto de hecho controvertido y hechos extraños al mismo pero capaces de producir efectos probatorios sobre algún aspecto del supuesto de hecho: este último no es algo que está dado *a priori*, sino un conjunto de hechos caracterizados por estar incluidos en el mismo supuesto de hecho legal considerado aplicable en el caso particular. Así, la única distinción que importa al respecto es la que se da entre hechos principales y secundarios, donde todos los hechos secundarios relevantes para la prueba de los hechos principales están incluidos *latu sensu* en el ámbito de los hechos que resulta útil conocer en el proceso, independientemente del hecho de que sean más o menos remotos (sobre estos problemas v., *supra*, capítulo II, 2.1 y 2.4).

136. Sobre esta acepción v., también para referencias bibliográficas adicionales, Ricci, *op. cit.*, pp. 174 ss.; Taruffo, *Certezza e probabilità*, cit., p. 83.

137. Por otra parte, esos elementos se utilizan normalmente a los efectos probatorios en los ordenamientos en los que las presunciones simples no están reguladas por la ley. Es el caso, por ejemplo, de la *circumstantial evidence* de los sistemas de *common law*, que incluye sin límites de ningún tipo a cualquier hecho o cosa que pueda tener valor probatorio indirecto.

3.2. *Inferencias probatorias*.–Si se desciende en la escala de los valores probatorios no sólo se encuentra la categoría indeterminada (o determinada sólo negativamente) de los elementos de prueba. Se encuentra también una categoría típica, porque está prevista y regulada por la ley, en la que se incluyen las «inferencias probatorias». Éstas están previstas por el artículo 116.2 cod. proc. civ. it., que afirma que el juez puede extraer inferencias probatorias de las respuestas que ofrecen las partes al interrogatorio no formal, de su rechazo injustificado a permitir las inspecciones oculares y, en general, del comportamiento procesal de las partes[138]; a esta norma se remiten, además, de forma expresa otras normas del mismo texto legal, como los artículos 118.2, 200.2, 310.3[139] y —después de la reforma de 1990— el artículo 183.1 y 2 en lo que respecta a la incomparecencia de las partes sin motivo justificado y al desconocimiento de los hechos de la causa por parte del procurador nombrado para el interrogatorio libre, sin graves razones que lo justifiquen[140]. También se sostiene que se trata de inferencias probatorias en otros casos en los que la ley prevé que el juez extraiga consecuencias probatorias de comportamientos procesales de las partes: especialmente, éste es el caso del artículo 420 cod. proc. civ. it., también a propósito de la incomparecencia de las partes y del desconocimiento de los hechos por parte del procurador[141], pero también del artículo 219.2[142].

138. Al respecto, puede verse en general, y también para referencias bibliográficas adicionales, Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario breve al cod. proc. civ.*, Padova, ²1988, p. 213; Ricci, *Prove e argomenti di prova*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1036 ss.

139. Sobre estas normas v., en general y también para referencias adicionales, Carpi, Colesanti y Taruffo, *op. cit.*, pp. 216, 341, 489. Sobre la valoración de las pruebas asumidas en el proceso finalizado, que ha suscitado amplios debates en la doctrina, v., entre lo más reciente, Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 1071 ss.; Chiarloni, *Riflessioni sul giudizio di fatto nel processo civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 839 ss.; Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 235 ss., 249.

140. Entre los primeros comentarios de este punto del nuevo artículo 183 cf. Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario*, cit., *Appendice di aggiornamento*, Padova, 1991, p. 57; Consolo, Luiso y Sassani, *La riforma del processo civile. Commentario*, Milano, 1991, pp. 86 ss.; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 131; Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p. 83.

141. Respecto de la doctrina en este sentido, que es ampliamente dominante, v., por ejemplo, Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, ³1987, pp. 97, 102; Pezzano, en Andrioli, Barone, Pezzano y Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, ²1987, pp. 646, 649; Montesano y Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, ²1989, p. 132; Verde, *Prova*, cit., p. 602.

142. Cf. Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario*, cit., p. 370.

Así pues, existe una serie más bien amplia de eventos o comportamientos procesales a los que se vincula, de forma expresa por parte de la ley o en vía de interpretación, la posibilidad de que el juez extraiga inferencias probatorias[143]. Al respecto, y quizás también a causa de la heterogeneidad de las cosas que se quieren reconducir a una única categoría, se han dado en la doctrina y en la jurisprudencia opiniones muy distintas y a menudo oscuras, hasta el punto de que pocas nociones se presentan tan vagas y equívocas como la de «inferencia probatoria».

Dejando a un lado las tesis que situarían a la inferencia probatoria fuera del ámbito de las pruebas[144], la divergencia de opiniones afecta especialmente al valor probatorio que se considera que puede asignarse a la inferencia probatoria. Las tesis principales que se han presentado son casi todas las posibles, es decir: *a*) que la inferencia probatoria puede equivaler a una prueba en sentido estricto, siendo por sí sola suficiente para fundamentar la determinación del hecho; *b*) que las inferencias probatorias son, en realidad, «hechos conocidos» idóneos para fundar presunciones y, por tanto, pueden ofrecer la prueba del hecho cuando concurren las condiciones previstas por el artículo 2729 cod. civ. it.; *c*) que las inferencias probatorias tienen únicamente una función accesoria y, por tanto, no pueden nunca ofrecer la prueba del hecho. Cada una de estas posiciones suscita algún problema, más allá del hecho de que su pluralidad torna radicalmente incierta la noción examinada[145], de forma que se hace necesaria al respecto alguna reflexión adicional.

a) Quien sostiene en la doctrina que las inferencias probatorias pueden bastar para ofrecer la prueba del hecho no afirma, en realidad, esta tesis en un plano general[146]. Esto es, no se dice que todas las inferencias probatorias anteriormente mencionadas equivalgan en cuanto a su eficacia a verdaderas pruebas, sino que *algunas* de ellas pueden

143. El hecho de que se trate de eventos que se producen *en el proceso* parece la característica típica de la inferencia probatoria, permitiendo distinguirla de fenómenos análogos, pero referidos a hechos que se producen fuera del proceso: en este sentido v., por ejemplo, Andrioli, *Prova*, cit., p. 288; Cordopatri, *op. cit.*, p. 297.

144. Cf., por ejemplo, Andrioli, *op. ult. cit.*, p. 268, donde *argomento* es entendido en el sentido de *argumentum* retórico y se dice que, en consecuencia, las inferencias probatorias (*argomenti di prova*) equivalen a la retórica.

145. Como subraya Verde, *op. ult. cit.*, p. 602, nota 159, la jurisprudencia oscila entre varias posiciones con expresiones a menudo vagas e indescifrables, ofreciendo una escasa ayuda para el análisis del problema.

146. En este sentido, sin embargo, se orienta a veces la jurisprudencia: v. referencias en Carpi, Colesanti y Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 213. V., además, Taruffo, *Le prove*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 1085, y Chiarloni, *op. cit.*, p. 844.

tener una eficacia de ese tipo. Se hace referencia principalmente a las respuestas dadas por las partes al interrogatorio no formal en el *proceso laboral*, distinguiéndolo de la homónima institución en el proceso ordinario y subrayando la importancia de la función que aquélla desarrolla en el proceso especial[147]; algunas veces, en cambio, se reconoce eficacia de prueba (libremente valorable) a las simples confesiones realizadas en el interrogatorio libre del proceso laboral[148]. Recientemente, además, se ha sostenido una tesis análoga respecto de las declaraciones *en perjuicio propio* sobre derechos disponibles ofrecidas en el interrogatorio libre previsto por el artículo 183, según la redacción dada por la «nueva» reforma de 1990[149]; en línea, por otra parte, con una orientación que sostiene directamente que a partir del interrogatorio libre se puede obtener una confesión en sentido estricto allí donde concurran sus requisitos[150].

Evidentemente, esta tesis pretende aumentar al máximo la posibilidad discrecional que el juez tiene de valorar los elementos de los que puede extraer inferencias probatorias y acaba basándose exclusivamente en la convicción del juez para la determinación de su eficacia probatoria. No es casualidad que la jurisprudencia —siempre dispuesta a extender el ámbito de la discrecionalidad del juez en el juicio de hecho— se mueva a menudo en la misma dirección y que una parte de la doctrina siga la misma orientación cuando pretende exaltar la función probatoria del interrogatorio libre de las partes. Sin embargo, esta tesis suscita dudas importantes.

Por un lado, en efecto, parece claro que el legislador del código, al crear la categoría de las inferencias probatorias, ha pretendido diferenciarla de la de las pruebas en sentido estricto, y esto vale especialmente en relación con su respectiva eficacia probatoria[151]. Por otro lado, no tiene sentido —si se quiere atribuir un mínimo de unidad a la categoría de las inferencias probatorias— admitir que algunas veces éstas pueden tener una eficacia «débil» y otras una eficacia «fuerte» (es decir, de prueba) o «fortísima» (es decir, de confesión-prueba legal), en función de que se trate de uno u otro comportamiento procesal o directamente en función del contenido de las respuestas dadas por las partes al inte-

147. Cf., por ejemplo, Denti y Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, p. 109; en el mismo sentido, pero con soluciones no tan claras respecto de la eficacia de las respuestas de las partes, Pezzano, *op. cit.*, pp. 639 ss., 643.

148. Cf., por lo que parece, Tarzia, *Manuale*, cit., p. 97, nota 93.

149. Cf. Proto Pisani, *op. cit.*, p. 136.

150. Cf. Satta y Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, [11]1992, pp. 219 y 366.

151. Sobre el origen de la norma v. algunos comentarios en Andrioli, *Prova*, cit., p. 288.

rrogatorio libre o de la naturaleza de la relación sustancial sobre las que aquéllas versan. Estas variaciones no son, en realidad, irrazonables (o no lo son todas), en la medida en que reflejan la experiencia común según la cual algunas inferencias de prueba pueden resultar más creíbles que otras. Desde este punto de vista, el problema surge simplemente por la molesta presencia de una categoría ficticiamente unitaria creada por el legislador. Esto podría resolverse eliminando la categoría normativa o bien entendiendo el artículo 116 y las normas que a él se remiten como «autorizaciones» para que el juez use determinados elementos a efectos probatorios, pero sin ninguna referencia a su eficacia. Esta interpretación, sin embargo, parece ser *contra legem* o, al menos, contra la *ratio* evidente de esas normas.

b) Una parte importante de la doctrina considera que no hay una diferencia sustancial entre inferencia probatoria y presunción simple, destacando que los hechos procesales de los que el juez puede obtener inferencias probatorias son, en realidad, «hechos conocidos» que pueden constituir fuente de presunciones; y, en cualquier caso, a las inferencias probatorias se les deberían aplicar las reglas que rigen para las presunciones simples: en particular, el artículo 2729 cod. civ. it.[152]. Esta tesis se basa en la analogía estructural, que parece indudable, entre la inferencia contenida en la inferencia probatoria y la que está presente en la presunción simple: ambas parten, en efecto, de «hechos conocidos» para derivar consecuencias probatorias sobre el hecho a probar, de forma que la única peculiaridad de la inferencia probatoria consiste en que se basa en eventos o comportamientos procesales identificados con más o menos precisión por la ley[153]. Sin embargo, debe observarse

152. Sobre esta equiparación cf., también para ulteriores referencias bibliográficas, Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario*, cit., pp. 211, 213; Ricci, *op. ult. cit.*, p. 1048; Chiarloni, *op. cit.*, pp. 849 ss.; Grasso, *Dei poteri del giudice*, en *Commentario del codice di procedura civile*, dirigido por E. Allorio, 1, 2, Torino, 1973, pp. 1305, 1318 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, reed., Milano, 1974, I, p. 92.

153. No parece justificada la opinión de Ricci, *op. ult. cit.*, p. 1066, que sostiene que la equiparación entre inferencias probatorias y presunciones simples haría que debieran considerarse inadmisibles supuestos de *praesumptum de praesumpto*. Si se evitan multiplicaciones ficticias de pasos inferenciales, se observa fácilmente que esto no sucede. Por otra parte, si resulta que el hecho previsto por el artículo 116 no fundamenta inferencias significativas sobre el hecho a probar, ello no implica que se extienda indebidamente la cadena del razonamiento, sino únicamente que el juez no podrá derivar de ese hecho inferencias probatorias. En realidad, el juez puede —no *debe*— basar inferencias probatorias sobre determinados comportamientos procesales de las partes y, obviamente, lo hará sólo cuando éstos sean directamente significativos respecto del hecho a probar.

que si —como parece— la finalidad de la equiparación a las presunciones simples es la de delimitar la eficacia probatoria que puede atribuirse a la inferencia probatoria, es dudoso que este resultado pueda alcanzarse con claridad. Se acaba de señalar[154], en efecto, que los requisitos establecidos por el artículo 2729 son mucho menos precisos y rigurosos de cuanto pueda parecer en una primera aproximación y no excluyen con seguridad que incluso una sola presunción pueda resultar suficientemente convincente como para fundar por sí sola la prueba del hecho.

c) Una opinión muy difundida, en efecto, niega el paralelismo con las presunciones simples e insiste en subrayar que la inferencia probatoria no puede en ningún caso constituir por sí sola la prueba del hecho; se trataría, pues, de una *probatio inferior* que sólo podría tener una función accesoria en el contexto de la valoración de las pruebas y que, en todo caso, tendría un grado de eficacia probatoria inferior al de la presunción[155].

La naturaleza accesoria y el grado «inferior» de eficacia probatoria de la inferencia probatoria resultan más claros si se ponen en relación con la función que se le asigna: la inferencia probatoria se utiliza para valorar las otras pruebas, pero no para ofrecer elementos de conocimiento relativos al hecho a probar. El *proprium* de la inferencia probatoria, así como el criterio mediante el que se distingue de las pruebas y las presunciones, consistiría precisamente en su utilidad para valorar las pruebas, mientras que estas últimas y las presunciones se dirigirían a la demostración del hecho[156].

De esta forma, se alcanza sin duda una precisión notable en la definición de la inferencia probatoria y en la distinción de otros fenómenos. Esta operación tiene, sin embargo, un coste, consistente en excluir en línea de principio que mediante las inferencias probatorias se puedan formular conclusiones acerca de los hechos de la causa y en admitir que se formulen de ese modo únicamente conclusiones sobre la aceptabilidad de las pruebas. Pero, precisamente por razones que resultan bastante evidentes, parece que este coste no debe pagarse.

154. Cf. el apartado anterior.

155. En este sentido, cf. Andrioli, *Prova*, cit., p. 289; Verde, *Prova*, cit., p. 602; Montesano, *op. cit.*, p. 236; Vaccarella, *Interrogatorio delle parti*, en *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 394, y, recientemente, Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 1042 ss.

156. En este sentido, v., en particular, Ricci, *op. ult. cit.*, pp. 1043 s., Montesano, *op. cit.*, *loc. ult. cit.* También Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ahora en Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 378 ss.; Ferroni, *Uno strano congegno: l'argomento di prova, ovvero il giudice indovino*, en *Giust. civ.*, 1986, I, pp. 1147 s.

En efecto, parece claro, por un lado, que las inferencias probatorias *pueden* referirse a la aceptabilidad de otras pruebas y, por tanto, ser utilizadas para la valoración de la credibilidad y de la eficacia de éstas. Pero ésta no es una característica exclusiva de las inferencias probatorias, dado que a esos efectos pueden obtenerse circunstancias relevantes de las fuentes más diversas, sin excluir las pruebas en sentido estricto (que versen, por ejemplo, sobre hechos relevantes para establecer la aceptabilidad de la declaración testifical, como el hecho de que el testigo sea dependiente o pariente de una de las partes). Desde este punto de vista, las inferencias probatorias son sólo uno de los elementos que pueden resultar útiles para valorar las pruebas que versan sobre los hechos de la causa.

Por otro lado, también parece claro que las inferencias probatorias *no tienen por qué* tener necesariamente sólo esta función. En realidad, puede suceder perfectamente que la inferencia probatoria que pueda obtenerse razonablemente a partir de los elementos indicados en el artículo 116, y en las otras normas anteriormente recordadas, verse únicamente sobre el hecho a probar y no sobre la aceptabilidad de otra prueba. Si, por ejemplo, una parte realiza en un interrogatorio libre una declaración afirmativa o negativa acerca de un hecho principal de la causa, no es fácil demostrar que en realidad esa declaración no versa sobre ese hecho y que, en consecuencia, sólo puede ser significativa si se utiliza para valorar otras pruebas posibles. Del mismo modo, si se habla de inferencia probatoria para establecer el grado de eficacia probatoria de una prueba asumida en el proceso ya finalizado (cosa que vale la pena hacer en la medida en que la prueba versara sobre el hecho que es necesario probar en el nuevo proceso), ésta no es en absoluto una buena razón para decir que esa prueba ya no versa sobre un hecho, sino sobre circunstancias que sirven para valorar la aceptabilidad de otra prueba. Del mismo modo, la inferencia probatoria que puede extraerse del rechazo de la parte a consentir la inspección ocular versa normalmente sobre el hecho que se pretendía determinar con la inspección, no sobre la aceptabilidad de otras posibles pruebas de ese hecho.

En situaciones como éstas parece innegable que la inferencia probatoria produce conclusiones sobre el hecho a probar y no sobre otras pruebas relativas a ese hecho. No debe entenderse, sin embargo, que la tesis que se está examinando pretenda excluir a priori *estas* inferencias probatorias de la consideración del juez, para que se admitan sólo las que versan sobre otras pruebas: dicha afirmación no estaría apoyada por ningún elemento normativo y se basaría en un círculo vicioso tan evidente que no puede ser seriamente desconocido (esencialmente: se

definirían propiamente como inferencias probatorias aquellas que se refieren a la valoración de otras pruebas, simplemente porque no se definirían de esa forma, y se excluirían del análisis las que no tienen esa peculiaridad).

Así pues, sólo queda conjeturar que esa tesis se base en un equívoco ocasionado por una insuficiente atención a la estructura del razonamiento probatorio y de la propia inferencia probatoria. El equívoco surge cuando se piensa que una inferencia probatoria está referida a la valoración de la prueba porque ofrece elementos para establecer si ésta es o no aceptable, en la medida en que esté en contraste con el resultado de esa otra prueba: así, por ejemplo, la declaración o el comportamiento de una parte, o una prueba realizada en un proceso ya finalizado, que se opongan a una declaración testifical, podrían inducir al juez a considerar a esta última poco o nada aceptable. Pero precisamente en esto radica el equívoco: si la inferencia probatoria se opone al resultado de otra prueba (y lo mismo puede decirse si lo confirma), aquélla no versa sobre esa prueba, sino sobre el hecho que es objeto de la misma, es decir —precisamente— sobre el hecho que se trata de probar en juicio. Está claro, en efecto, que en esos casos la inferencia probatoria ofrece elementos de confirmación o de negación de la hipótesis sobre el hecho a probar, así como que esos elementos pueden converger con u oponerse a los que derivan de otras pruebas o presunciones: por tanto, aquélla versa propiamente sobre el hecho a probar, no sobre las otras pruebas[157].

En resumen: dado que la inferencia probatoria parte de una premisa (los sucesos y comportamientos procesales identificados por las normas) y llega a una conclusión, se trata de ver sobre qué versa esa conclusión. Si versa sobre circunstancias útiles para valorar la aceptabilidad de otra prueba, la inferencia probatoria tendrá una función accesoria e instrumental; pero si la conclusión tiene directamente como objeto el hecho a probar, la inferencia probatoria desarrollará propiamente una función *probatoria*, en la medida en que produce elementos de confirmación o de negación de la hipótesis sobre el hecho. En este segundo caso es impropio y confundente decir que la inferencia probatoria incide sobre la valoración de las otras pruebas: éstas —por decirlo así— tienen y conservan la eficacia que les corresponde según los criterios ordinarios de valoración de la prueba y no experimentan aumentos o disminuciones de su eficacia por la influen-

157. En ese caso, nos encontramos de nuevo ante las situaciones caracterizadas por la presencia de elementos de prueba convergentes o en conflicto, sobre las que puede verse, más ampliamente, *supra*, capítulo IV, 3.2 y 3.3.

cia derivada de las inferencias probatorias. En cambio, el elemento de prueba influye sobre la elección de la hipótesis sobre el hecho que se asume como verdadera, en la medida en que produce elementos de confirmación para la hipótesis positiva o para la negativa, en función del resultado producido por la propia inferencia. De ese modo, se puede mostrar que también la inferencia probatoria puede tener, cuando versa sobre el hecho a probar, una eficacia probatoria respecto de la determinación de ese hecho[158]; pero se muestra también que la determinación de esa eficacia no puede realizarse simplemente recurriendo a la supuesta función de la inferencia probatoria en el razonamiento sobre la prueba.

El problema escapa, pues, a una solución basada *tout court* sobre la pretendida naturaleza accesoria de la inferencia probatoria, y vuelve a plantearse la alternativa entre las tesis ya discutidas *sub a*) y *sub b*). La primera de las dos tesis, para la que, en principio, incluso una sola inferencia probatoria puede constituir la prueba del hecho, parece difícilmente sostenible, por las razones que ya se han señalado: en ese sentido, además, se expresa la clara *ratio* del artículo 116.2 y de las otras normas que hacen referencia a éste. Por otra parte, el hecho de que la inferencia probatoria no sea por sí sola equiparable a una verdadera y estricta prueba no excluye que se le reconozca una eficacia probatoria incluso muy considerable en todos los casos en los que aquélla está constituida por una inferencia unívoca y razonable, fundada sobre premisas seguras, que produce conclusiones convincentes. Esto es lo que sucede en no pocos supuestos concretos, como las declaraciones realizadas por las partes en el interrogatorio libre[159] o las pruebas asumidas en el proceso ya finalizado, en las que la inferencia probatoria se presenta con particulares caracteres de credibilidad y aceptabilidad. En consecuencia, pues, la mejor definición de la eficacia de la inferencia probatoria es la que se basa en su equiparación con las presunciones simples. Ésta está basada, como se ha dicho anteriormente, en la sustancial identidad estructural (y —se pude ahora añadir— también funcional) entre la inferencia probatoria y la inferencia presuntiva.

158. No puede compartirse el intento de resolver el problema evitando hacer referencia a la decisión tomando en consideración únicamente los efectos que la inferencia probatoria puede tener en el curso del proceso (como hace Chiarloni, *op. cit.*, pp. 845 ss.). Puede, en efecto, suceder que la formulación de inferencias probatorias durante la instrucción incida de distintos modos sobre el ejercicio de los poderes del juez, por ejemplo en los sentidos previstos por el artículo 209 cod. proc. civ. it., pero esto no excluye que aquéllos sean utilizados también —o únicamente— en la decisión final sobre el hecho.

159. Cf. al respecto el análisis de Proto Pisani, *op. cit.*, pp. 135 ss.

Es verdad que de esta forma no se llega a delimitar *a priori*, y para todos los casos, la eficacia de la inferencia probatoria, dado que ni siquiera el artículo 2729 cod. civ. it. consigue un resultado de ese tipo[160]. También es verdad que, de esta forma, la determinación de la eficacia de la inferencia probatoria se hace depender de la valoración racional del juez en el caso concreto, con todos los peligros de abusos y distorsiones que ello implica, y no de una tranquilizante regla limitativa establecida de una vez por todas. Pero resulta necesario advertir que no hay en ello nada extraño o anormal. Por un lado, como sucede en general en el ámbito del libre convencimiento del juez, no debe olvidarse que existen controles racionales y procedimentales dirigidos a prevenir esos peligros[161]; por otro lado, normas como el artículo 2729 cod. civ. it. y el artículo 116.2 cod. proc. civ. it. tienen en todo caso el sentido de indicar al juez criterios de cautela y de prudencia en la valoración de presunciones e inferencias probatorias, aunque no excluyan *a priori* (y es conveniente que así sea) la posibilidad de que a esos elementos de juicio les sea atribuida una eficacia incluso muy alta, cuando se den los presupuestos y las condiciones necesarias de racionalidad.

3.3. *Las informaciones sumarias.*–En numerosos casos la ley no prevé que la determinación del hecho se realice sobre la base de pruebas, sino sobre «informaciones sumarias» adquiridas por el juez: esos casos, en los que se utilizan otras varias expresiones («informaciones», «informaciones oportunas», «determinaciones sumarias», «determinaciones e investigaciones oportunas», etc.) sustancialmente sinónimas, son regulados por diversas normas del código de procedimiento civil, del código civil y de leyes especiales[162]. Entre éstas pueden recordarse, a título de ejemplo, el artículo 738, último párrafo, cod. proc. civ. it., que expresa una norma general en materia de procedimiento en cámara de consejo*, según la cual el juez «puede asumir informaciones»[163],

160. V., en efecto, la argumentación realizada al respecto en el apartado precedente.

161. V., *supra*, capítulo V, 4.

162. V. un elenco muy amplio en Capponi, *Le «informazioni» del giudice civile (appunti per una ricerca)*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 911 ss., 917 ss., donde pueden encontrarse también referencias a la escasa doctrina sobre el tema.

* El procedimiento en cámara de consejo se caracteriza por la restricción de la contradicción, la oralidad y la publicidad; se utiliza en diversos procedimientos especiales y, en particular, en los de la jurisdicción voluntaria. [*N. del T.*]

163. Cf. Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario*, cit., p. 1068; Capponi, *op. cit.*, p. 913, en nota; Montesano, *«Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, en *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 931 s.

el artículo 28 del Estatuto de los trabajadores[164] y el análogo artículo 15 de la ley n.º 903 de 1977 en materia de paridad de trato entre hombres y mujeres en el lugar de trabajo, que prevén la adquisición de «informaciones sumarias». Asume particular importancia ahora, esto es, después de la reforma de 1990, la materia de las medidas cautelares. Al respecto, se introduce un procedimiento unitario y común para las diversas medidas cautelares y el nuevo artículo 669 *sexies* prevé que cuando ese procedimiento se lleve a cabo mediante contradicción entre las partes el juez, omitiendo toda formalidad no esencial, proceda a realizar «de la forma que considere más oportuna los actos de instrucción indispensables» y prevé, en cambio, que el juez asuma «cuando sea necesario informaciones sumarias» cuando el procedimiento se desarrolle sin contradicción[165].

A pesar del elevado número de supuestos y del hecho de que el legislador invente de tanto en tanto expresiones distintas, creando en algún caso dudas no desdeñables[166], parece que pueden identificarse de una forma aceptable algunas características generales del fenómeno en cuestión, especialmente desde el punto de vista de sus relaciones con la prueba en sentido estricto.

Por un lado, y a pesar de que los dos fenómenos se presentan a menudo vinculados en diversas normas, debe destacarse que las informaciones sumarias no coinciden con la audiencia de las partes o de eventuales terceros interesados en la resolución que debe dictarse. Ésta está destinada a implementar una forma embrionaria de contra-

164. Cf. al respecto Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, pp. 161 ss.; Proto Pisani, en Andrioli, Barone, Pezzano y Proto Pisani, *op. cit.*, pp. 571 s.; Tarzia, *Manuale*, cit., p. 272; Lanfranchi, *La verificazione del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, pp. 161 ss.

165. Cf. al respecto, también para indicaciones bibliográficas adicionales, Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario*, cit., *Appendice di aggiornamento*, cit., p. 216; Consolo, Luiso y Sassani, *op. cit.*, pp. 466 ss., 469; Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., pp. 340 ss.

166. Por ejemplo, se puede dudar si están incluidas en las «informaciones sumarias» las investigaciones llevadas a cabo a través de los órganos de orden público o de la policía tributaria, previstas por el artículo 57 de la ley 4 de mayo de 1983, n.º 184, sobre la adopción o la tutela de los menores, por el artículo 5 de la ley 1 de diciembre de 1970, n.º 898 (sobre el divorcio), y por el artículo 2 de la ley 21 de febrero de 1989, n.º 61 (sobre los que puede verse Capponi, *op. cit.*, p. 912, en nota). En esos casos, las investigaciones terminan ciertamente en pruebas atípicas, pero no está claro que las informaciones así adquiridas sean «sumarias», pudiendo ser perfectamente —en cambio— analíticas, precisas y sostenidas por elementos de confirmación.

dicción en el ámbito de los procedimientos sumarios[167] y su finalidad no es tanto la de adquirir noticias sobre hechos, a pesar de que esta finalidad no pueda ser excluida en absoluto, como la de permitir a las partes precisar e integrar sus posiciones defensivas y a los terceros tutelar sus propios intereses; la misma argumentación es válida para los supuestos en los que el juez puede pedir aclaraciones a las partes. Así pues, nada impide que el juez obtenga informaciones sobre los hechos de las partes o de los terceros interesados[168], pero ésta no es la finalidad esencial de su audiencia. En cambio, las «informaciones sumarias» son típicamente aquellas que el juez obtiene de terceros o por medio de terceros, quienes desempeñan al respecto una función sustancialmente testifical[169].

Por otra parte, debe subrayarse que las informaciones sumarias se encuentran normalmente en fases o procedimientos sumarios, pero no hay ninguna correspondencia necesaria al respecto y tampoco las informaciones tienen implicación alguna respecto de la naturaleza del procedimiento en el que se insertan. Existen, en efecto, procedimientos sumarios en los que la determinación de los hechos se basa sobre pruebas y no sobre informaciones sumarias, como resulta evidente en el proceso monitorio sobre la base de los artículos 634 y ss. cod. proc. civ. it.[170]; por otra parte, la sumariedad de muchos procedimientos depende de razones, como la ausencia de contradicción, que no tienen nada que ver con las informaciones sumarias[171]. Debe destacarse también que su presencia no está vinculada con la función del procedimiento ni con la naturaleza de la resolución con la que éste concluye: algunas veces se trata de procedimientos que acaban con pronunciamientos aptos para obtener fuerza de cosa juzgada o para producir efectos equivalentes, como en el caso del requerimiento de pago del

167. Cf., en general, Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, en *XI Convegno Nazionale. Sassari 1-2 giugno 1975. Procedimenti speciali e principio del contraddittorio*, Milano, 1977, pp. 55 ss., 21 ss.; Comoglio, *Contraddittorio*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, IV, Torino, 1989, pp. 17 ss.; Vaccarella, *op. ult. cit.*, pp. 158 ss., y también, ampliamente, Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 126 ss., 261 ss.

168. En sentido contrario, en cambio, por lo que parece, Capponi, *op. cit.*, pp. 924 ss., 929.

169. Cf. Capponi, *op. cit.*, p. 925.

170. Esto es así a pesar de que es conocido que el concepto de prueba escrita en el proceso monitorio no equivale al concepto general: v., por todos, Garbagnati, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, [5]1979, pp. 68 ss.

171. Cf. Capponi, *op. cit.*, p. 914. Ampliamente, sobre los procesos sumarios, v. Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 94 ss., 157 ss., 218 ss.

proceso monitorio o del decreto* previsto por el artículo 28 del Estatuto de los trabajadores italiano[172] y, otras veces, de resoluciones que no son aptas para producir efectos de ese tipo, como sucede en las medidas cautelares o en numerosos pronunciamientos dictados en procedimientos en cámara de consejo.

Delineados de esta forma los límites del fenómeno que se está analizando, debería resultar más fácil ofrecer una descripción del mismo que no sea excesivamente vaga.

Se trata, esencialmente, de una modalidad particular de determinación del hecho, o de un «modelo de instrucción»[173], que se define sobre todo «en negativo», es decir, en función de su distinción respecto del modelo ordinario de adquisición de las pruebas. Esta diferencia proviene principalmente de dos factores: el primero es la *desformalización*, es decir, el hecho de que las informaciones se adquieren sin la utilización de los procedimientos y sin la aplicación de las normas que normalmente se refieren a la admisión y a la asunción de las pruebas; el segundo es que las informaciones sumarias dependen de la *iniciativa del juez*, ya sea en el sentido de que a menudo corresponde al juez valorar si éstas son necesarias, ya sea en el sentido de que, en todo caso, corresponde al juez proceder a su adquisición, decidiendo autónomamente sus modalidades y su objeto[174].

Por otra parte, la variabilidad del fenómeno es tal, en la praxis aplicadora y en la regulación normativa, que parece muy difícil trazar —más allá de estas indicaciones generales— definiciones precisas del mismo.

Así, por ejemplo, como se ha dicho anteriormente, es verdad que una característica típica de las informaciones sumarias es la de constituir un modelo de instrucción desformalizado, pero es verdad también que no es extraño que esta desformalización no se produzca. Por un lado, en efecto, no está excluido que el juez que conozca de las informaciones sumarias decida, en realidad, la adquisición de verdaderas pruebas en sentido estricto, con las modalidades y con las formalidades ordinarias[175]. Se podrá observar que en ese caso lo que está en riesgo es precisamente la sumariedad y la rapidez del procedimiento (y, en efecto, los dos días previstos para el decreto por el artículo 28 del Estatuto de los trabajadores son un plazo impropio que raramente se cumple)[176], pero la frecuencia de estos inconvenientes en la práctica no pueden excluir la posibilidad de que las informaciones sumarias «incluyan» también pruebas en sentido estricto, si el juez lo considera oportuno[177].

En consecuencia, en las informaciones sumarias el juez tiene la más amplia posibilidad de adquirir pruebas atípicas[178] y también las partes pueden deducirlas o aportarlas[179]. Por otra parte, esto no es más que una acentuación de lo que ocurre en el proceso ordinario, al menos si se acoge la tesis de que las pruebas atípicas son generalmente admisibles[180] y no es una característica exclusiva de los procesos basados en las informaciones sumarias. Pero también es evidente que en esos procedimientos no pueden adquirirse *sólo* pruebas atípicas, pudiendo

* El decreto es un tipo de resolución judicial prevista por el derecho italiano, que se caracteriza por no ser necesaria su motivación (salvo en los casos en los que la ley lo exija expresamente). V., al respecto, el artículo 135 cod. proc. civ. it. [*N. del T.*]

172. Sobre ambos problemas v., también para referencias bibliográficas adicionales, Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 126 ss. y 157 ss.

173. Capponi, *op. cit.*, pp. 929 ss.

174. Sobre ambos aspectos v. Capponi, *op. cit.*, pp. 930, 935 ss.

175. Cf., por ejemplo, Vaccarella, *op. ult. cit.*, pp. 161 ss.; Tarzia, *Manuale*, cit., p. 272; Consolo, Luiso y Sassani, *op. cit.*, p. 466, y las referencias jurisprudenciales citadas en Capponi, *op. cit.*, p. 931, nota 33.

176. El fenómeno ha afectado de forma particular a las medidas de urgencia (cf. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, pp. 158 ss., 164 ss.; Verde, *Considerazioni sul provvedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe que fosse)*, en *I processi speciali*, Napoli, 1979, pp. 422 ss.) y al procedimiento para la represión de la conducta antisindical. En efecto, se ha manifestado en la práctica, con la aprobación de la doctrina mayoritaria, una destacada tendencia a modelar la instrucción en la fase sumaria del procedimiento *ex* artículo 28 según las modalidades y las reglas de la instrucción ordinaria, con la consiguiente complicación del procedimiento y dilatación de sus tiempos. Cf. al respecto el análisis de Vaccarella, *op. ult. cit.*, pp. 158 ss., y las consideraciones críticas de Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 165 ss., en nota, así como de Taruffo, *La repressione della condotta antisindacale nel nuovo rito del lavoro*, en *Giur. it.*, 1976, 1, 2, pp. 124 ss.

177. Resulta conveniente hacer una mención respecto del nuevo artículo 669 *sexies* citado anteriormente. La doctrina (con la excepción de Consolo, Luiso y Sassani, *op. cit.*, pp. 466 ss., 468 ss.) parece atribuir, en todo caso, al juez de la medida cautelar un poder genérico para adquirir las informaciones necesarias (v. referencias en la nota 165) en los dos supuestos previstos por la norma. La letra de ésta parece, sin embargo, ofrecer una indicación distinta, hablando de informaciones sumarias cuando el procedimiento se realiza sin contradicción y, en cambio, de «actos de instrucción indispensables» cuando el procedimiento se desarrolla con contradicción. La diferencia entre las dos formulaciones no puede ser absolutamente irrelevante y, por ello, debe sostenerse que con «actos de instrucción» la norma pretende aludir a la adquisición de verdaderas pruebas. Esta diferencia no implica, sin embargo, que sea de aplicación todo el repertorio de los formalismos ordinarios, ya que el juez puede proceder «en la forma que considere más oportuna» para la adquisición de las pruebas «indispensables» (y no de todas las que resulten simplemente relevantes). Esto no evita, no obstante, que se trate de pruebas, aunque sean «desformalizables» y no necesariamente desformalizadas (el juez podría proceder, de hecho, aplicando todas las normas ordinarias) y no de simples informaciones.

178. Cf. Capponi, *op. cit.*, p. 931; Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., pp. 340 s.

179. Cf., en particular, Capponi, *op. cit.*, p. 933.

180. V. ampliamente, *supra*, capítulo V, 3.

perfectamente el juez y las partes recurrir a pruebas típicas: nada impide, en realidad, que el juez disponga una pericia técnica o escuchar a testigos, utilizando al respecto las modalidades establecidas por las normas ordinarias, o que las partes aporten documentos «típicos» como actos públicos o escrituras privadas.

No cabe duda de que los poderes del juez constituyen la nota dominante del fenómeno de las «informaciones sumarias», pero no es cierto que se esté ante un procedimiento radicalmente inquisitivo. El principio dispositivo sufre, en efecto, algunas limitaciones, esencialmente en la medida en que es el juez quien decide sobre las informaciones a adquirir y no opera el principio de disponibilidad de las partes sobre los medios de prueba[181]. Sin embargo, se puede sostener que cuando el procedimiento sumario se lleva a cabo con contradicción, las partes tienen la facultad de deducir y aportar pruebas, típicas o atípicas, teniendo el juez, en todo caso, el poder de decidir sobre su utilidad y sobre la modalidad de su asunción. Por otra parte, el juez no siempre es libre de decidir *si* adquiere o no las informaciones sumarias: algunas veces, la ley prevé esta posibilidad («si es necesario...», «si es el caso»), pero otras veces las normas son más rigurosas y parecen establecer como necesaria la fase de intrucción, aunque simplificada y desformalizada. Así, por ejemplo, no parece que la resolución *ex* artículo 28 del Estatuto de los trabajadores pueda ser pronunciada únicamente sobre la base del recurso y de la audición de las partes, y lo mismo puede decirse en todos los casos en que no está expresamente prevista la posibilidad de que el juez decida sin una específica actividad instructora.

La presencia de acentuados poderes del juez no excluye, por otra parte, la implementación de la garantía del contradictorio. En realidad, ésta no está siempre prevista o es siempre posible, dado que las informaciones sumarias tienen lugar también en procedimientos que se desarrollan *inaudita altera parte* (como en el caso ya señalado del segundo párrafo del nuevo artículo *669 sexies*), de forma que no tiene sentido plantear la contradicción entre las partes sobre las informaciones que el juez adquiere. Pero si el procedimiento se desarrolla *entre las partes*, debe considerarse que el juez tiene que asegurar la contradicción entre ellas incluso en lo referente a la instrucción, es decir, en relación con la adquisición de las informaciones[182]: aun correspondiendo al juez establecer las modalidades respecto de la naturaleza sumaria del procedimiento, el contradictorio de las partes se presenta también como indispensable en los procedimientos especiales en relación con la adquisición de los elementos de conocimiento destinados a fundar la determinación del hecho[183]. No parece, pues, que una característica típica de las informaciones sumarias consista en el hecho de que éstas prescindan de la previa provocación o instauración del principio contradictorio[184]: esto sucede, como ya se ha dicho, en los procedimientos sin contradicción, pero en función de la naturaleza particular de estos procedimientos, no porque se trate de una característica peculiar de las informaciones sumarias. En todos los otros casos, nada impide que el juez provoque sobre ellas la contradicción entre las partes, del mismo modo que es posible que las partes deduzcan o aporten elementos de prueba y contradeduzcan respecto de las «informaciones» adquiridas de oficio por el juez: la garantía de la defensa requiere también que las partes tengan la posibilidad de conocer esas informaciones y de defenderse (aunque sea sumariamente) de ellas[185].

Tratándose de un modelo de actividad probatoria desformalizado, simplificado y *sumario*, las informaciones que se están analizando parecen destinadas a ofrecer al juez una base cognoscitiva limitada, aproximada y provisional para la determinación de los hechos sobre los que se basa la resolución que cierra ese procedimiento o esa fase procesal. Esta impresión puede reforzarse por el hecho de que la determinación es, a menudo, por definición provisional, dado que no es definitiva la resolución que la contiene, o bien porque a la fase sumaria le sigue (eventualmente) una fase procesal ordinaria destinada a la determinación plena y definitiva de la relación controvertida o porque esa resolución es provisional por su propia naturaleza, en la medida en que no es apta para ganar fuerza de cosa juzgada, es revocable y está sujeta a la perdida de eficacia, etcétera.

No obstante, también a este respecto es conveniente distinguir entre la determinación del hecho y la problemática de los efectos de la resolución que se deriva de esa determinación. Esta problemática es, en realidad, ulterior y en muchos sentidos autónoma respecto de la del juicio sobre el hecho y de la utilización de los respectivos elementos de

181. Cf. Capponi, *op. cit.*, p. 930.

182. En este sentido, v. Capponi, *op. cit.*, pp. 929, 932 ss. y 940, pero con oscilaciones sobre la solución del problema. En referencia al artículo 28 del Estatuto de los trabajadores, cf. Vaccarella, *op. ult. cit.*, pp. 158 ss.; Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 165 ss.

183. Sobre el principio de contradicción como mecanismo necesario de control v., *supra*, capítulo V, 4.2.

184. En sentido opuesto, en cambio, Capponi, *op. cit.*, p. 929.

185. En general, sobre la garantía de la defensa como derecho a la contradicción sobre las pruebas, especialmente sobre las adquiridas de oficio, cf. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, en *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 98 ss.

conocimiento. Obviamente, el tema no puede ser discutido aquí en todos sus aspectos[186], pero se realizará alguna observación a propósito de los procedimientos en los que el juicio de hecho se fundamente en las informaciones sumarias.

La principal observación que debe realizarse es que el carácter de sumariedad afecta ciertamente a las *modalidades* mediante las que se adquieren los elementos útiles para determinar el hecho, pero no necesariamente al *resultado* de esta determinación[187], aunque esté destinado a ser incluido en una resolución «de cognición sumaria». No se puede excluir, pues, *a priori*, y sobre la base del carácter simplificado y desformalizado de las «informaciones sumarias», que puedan llegar a una determinación completa y exhaustiva de los hechos de la causa. Por un lado, como se ha dicho anteriormente, no es extraño que la fase de las informaciones sumarias se amplíe y se dilate hasta incluir «pedazos» más o menos numerosos de instrucción probatoria ordinaria y que sean adquiridas verdaderas pruebas según las reglas del procedimiento ordinario. Cuando esto sucede, resulta superfluo y formalista distinguir *esta* determinación del hecho de la que tiene lugar en el proceso ordinario. Seguirá siendo sumaria, pero desde otros puntos de vista, la resolución, pero no la determinación del hecho.

Debe recordarse, por otra parte, que el ámbito de las informaciones sumarias es aquel en el que el juez, sin estar vinculado por las reglas ordinarias, puede utilizar libremente todos los instrumentos atípicos de conocimiento (de los que puede establecer el objeto y las modalidades) que le resulten útiles para conocer los hechos sobre los que tiene que decidir. Está claro, sin embargo, que de esta forma el juez dispone de poderes e instrumentos cognoscitivos *más eficaces* y penetrantes que los que utiliza normalmente en el procedimiento ordinario (piénsese, por ejemplo, en las investigaciones de la policía o de la policía tributaria). Parece, entonces, impropio decir que de esta forma se llega siempre a una determinación de los hechos más genérica, superficial y aproximada que la que se obtiene en el procedimiento ordinario, pudiendo más bien ser verdad lo contrario. Otra cosa es, también aquí, el problema de los efectos de la resolución, pero nada excluye que una resolución típicamente provisional, como la cautelar, esté fundada en una determinación analítica, completa y profunda de los hechos relevantes. Así pues, parece que se puede decir que la sumariedad de las informaciones no equivale necesariamente a la sumariedad de la determinación de los hechos y tampoco a la sumariedad de la resolución que se basa en esa determinación[188].

186. Para algún comentario adicional v. el apartado siguiente.

187. En sentido opuesto, por lo que parece, pero de una forma confusa, Capponi, *op. cit.*, p. 916.

Conviene destacar, pues, que en los supuestos que aquí se toman en consideración la naturaleza y el grado de profundización de la determinación de los hechos se dejan en gran medida a la valoración discrecional del juez. La desviación respecto del modelo de instrucción probatoria ordinaria significa entonces que, con la fórmula de las informaciones sumarias o con las otras fórmulas equivalentes, el legislador deja al juez, junto a la determinación de las modalidades de adquisición de las informaciones, también la elección relativa al grado de completud y de profundización de la determinación de los hechos. El legislador no excluye que esto se realice con instrumentos y grados de aceptabilidad equivalentes a los del procedimiento ordinario; simplemente —por decirlo así— se contenta también con una determinación de los hechos distinta, remitiéndose al respecto a la valoración discrecional del juez.

La distinción entre prueba e informaciones sumarias no es, pues, conceptualmente rigurosa y surge con relativa claridad en algunos aspectos, mientras que no parece fácil en otros muchos. En cualquier caso, esa distinción parece referirse especialmente al ámbito de la estructura de algunos procedimientos especiales y a la configuración que en ellos asumen los poderes del juez, mucho más que al problema de la determinación del hecho y de los elementos de conocimiento de los que aquélla deriva. El dato general que emerge es que en muchos casos, como se ha visto, el legislador configura procedimientos especiales y sumarios, en los que confía al juez la determinación del grado de profundización del conocimiento de los hechos que resulte suficiente para la emanación de la resolución.

3.4. *Cognición incompleta y unilateral.*–Las situaciones más numerosas en las que la determinación del hecho se basa o se puede basar en una cognición sumaria, porque se realiza con modalidades distintas de

188. Algunas veces, en realidad, el legislador configura una resolución sumaria pero idónea para producir efectos equivalentes a los de la fuerza de cosa juzgada y fundada, en cambio, en una cognición que puede reducirse, algunas veces, a una mínima expresión: es el caso, por ejemplo, del decreto con el que concluye la fase sumaria prevista por el artículo 28 del Estatuto de los trabajadores. Otras veces, se configura una resolución que sólo es capaz de producir efectos especialmente «débiles» y provisionales, pero que está fundada en una cognición que puede ser sustancialmente igual a la ordinaria: éste es el caso de las medidas cautelares dictadas mediante la contradicción entre las partes según el nuevo artículo 669 *sexies* (sobre el que puede verse, *supra*, nota 177).

la ordinaria, no son los únicos supuestos de desviación respecto del modelo de juicio sobre el hecho típico del proceso ordinario.

Por un lado, en efecto, aquellas situaciones no son los únicos casos de «cognición incompleta» del hecho, si con esa expresión se hace referencia al juicio de hecho que no se realiza según las modalidades ordinarias y —en particular— no se basa en todas las pruebas concreta o hipotéticamente disponibles[189]. Esta posibilidad se produce, en realidad, en otros supuestos, en los que el hecho se determina mediante la utilización de unas pruebas, y no de otras, normalmente por razones de brevedad del procedimiento: valga el ejemplo del proceso monitorio, en el que la existencia del crédito puede probarse mediante pruebas escritas de cualquier tipo y también mediante presunciones basadas en elementos resultantes de pruebas escritas[190], pero no a través de pruebas de formación procesal, cuya asunción menoscabaría la sumariedad del procedimiento. La incompletud del material probatorio sobre el que se funda la determinación puede no impedir que el hecho se establezca con un grado de aceptabilidad suficiente para considerarlo verdadero[191], y esto puede suceder también —como se ha visto a propósito de las «informaciones sumarias»— cuando las modalidades de la instrucción probatoria son totalmente distintas de las ordinarias. En todo caso, la incompletud de la cognición, derivada del hecho de que ésta no se basa en todas las pruebas disponibles, introduce en la misma un margen —al menos teórico— de incertidumbre en alguna medida superior al que caracteriza al juicio sobre el hecho[192]. Puede suceder realmente, y a menudo sucede, que la cognición «incompleta» resulte

189. Al respecto, se habla a menudo de cognición *superficial* (v., entre lo más reciente, Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 518, pero este uso se remonta a Chiovenda, *Azioni sommarie. La condanna con riserva*, en Id., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, p. 122 —tr. cast., *Acciones sumarias. La sentencia de condena con reserva*, en Id., *Ensayos de derecho procesal civil*, a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, I, p. 228—; Id., *Istituzioni del diritto processuale civile*, Napoli, 1933, I, p. 216 —tr. cast., *Instituciones de derecho procesal civil*, a cargo de E. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, I, pp. 272 s.— y está muy difundido en la doctrina italiana: cf. Scarselli, *op. cit.*, p. 316). Esta expresión parece, sin embargo, discutible en la medida en que sugiere la idea de que el conocimiento del hecho no aumenta nunca y se limita a la «superficie»; en cambio, puede suceder —como se ha visto a propósito de las «informaciones sumarias»— que se conozca el hecho de un modo en absoluto superficial, auque sea con modalidades total o parcialmente distintas de las ordinarias.

190. Al respecto, v., por todos, Garbagnati, *op. cit.*, pp. 68 ss., 77 ss.

191. Cf. Garbagnati, *op. cit.*, p. 76, respecto de la determinación del crédito en la fase sumaria del proceso monitorio.

192. En general, sobre la incertidumbre en la determinación del hecho v., *supra*, capítulo IV, 1.

más que suficiente para ofrecer una reconstrucción aceptable y verdadera del hecho, pero esto no está dado *a priori* y, en todo caso, aquélla desdeña o excluye pruebas relevantes sobre el hecho en cuestión.

Por otro lado, es necesario también tener en cuenta que existen no pocos supuestos en los que la cognición es «parcial»[193] porque no se refiere a todos los hechos jurídicamente relevantes de la controversia: se trata esencialmente de las condenas condicionales, en las que se determinan plenamente los hechos constitutivos de la demanda y se posterga el examen de las excepciones del demandado[194] y de los supuestos en los que la resolución se dicta *inaudita altera parte*. En esos casos se podría hablar más propiamente de determinación *unilateral* de los hechos, dado que la «parcialidad» se traduce, en realidad, en la determinación de los hechos alegados por una sola de las partes, postergando a un momento sucesivo (y quizás sólo eventual) la determinación de los hechos que son (o podrían ser) alegados por el demandado. No es éste el lugar de discutir las razones por las que el legislador establece supuestos en los que la resolución del juez se basa únicamente en el juicio sobre la fundamentación de la demanda y sobre la veracidad de los hechos constitutivos de la misma. En todo caso, vale la observación de que en la medida en que en esos casos el «hecho a probar» sea únicamente el hecho constitutivo de la demanda, sobre él se llevará a cabo una determinación probatoria, que puede seguir las modalidades ordinarias o las de cognición sumaria o incompleta, en función del tipo de procedimiento en el que se realice. La unilateralidad de la determinación del hecho puede producir consecuencias distintas en torno a las modalidades mediante las que el hecho se «conoce» por el juez: puede suceder que la determinación sea unilateral por el objeto, pero plena y completa en lo que se refiere a las modalidades con las que ese objeto se determina (como es el caso de las condenas condicionales); pero puede suceder también que la determinación sea, además de unilateral por el objeto, también incompleta por las modalidades con las que se realiza. Esto puede verse claramente en el procedimiento monitorio, en el que la determinación del crédito se efectúa excluyendo no sólo las pruebas de formación procesal sino también las pruebas *contrarias* de las que el demandado podría disponer. En ese caso, la unilateralidad de la determinación del hecho adquiere un sig-

193. La expresión es habitual en la doctrina italiana: v. referencias bibliográficas en la nota 189.

194. Al respecto, para la reconstrucción del supuesto de la condena condicional como fundada sobre la determinación plena de los hechos constitutivos de la demanda, cf. Scarselli, *op. cit.*, pp. 471 ss., 483 ss.

nificado adicional: no sólo se determinan únicamente los hechos constitutivos alegados por el actor como fundamento de la demanda, sino que estos hechos se determinan sólo mediante las pruebas deducidas por el actor —por tanto, de las pruebas «positivas»[195]— y en ausencia de las pruebas «negativas» que podrían ser deducidas por el demandado (y que quizás lo sean, pero en una fase eventualmente distinta y posterior del proceso). También en este caso se puede hablar, pues, de una verdad aproximada (además de provisional), en la medida en que está sometida a una sola de las verificaciones posibles, pero no a la otra: el juez deberá, en efecto, establecer si las pruebas deducidas por el actor son o no suficientes para fundamentar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho, rechazando la demanda si esa hipótesis no queda adecuadamente confirmada[196]; el juez no podrá, en cambio, verificar, en ausencia de contradicción, si existe una hipótesis contraria acerca de la existencia de ese hecho y si ésta está dotada de algún grado de confirmación[197]. En consecuencia, la elección del juez versa únicamente sobre si está confirmada o no la hipótesis del actor sobre la base de las pruebas que éste ha deducido y queda excluida, en cambio, la elección entre hipótesis distintas sobre el hecho alegado por el actor. Tampoco a este respecto vale la pena discutir y analizar aquí las razones por las que el legislador prevé resoluciones jurisdiccionales basadas en determinaciones de hecho unilaterales. Queda únicamente por subrayar que estas determinaciones de los hechos pueden considerarse aceptables en la medida en que el actor produzca pruebas suficientes para confirmar *su* hipótesis sobre el hecho, pero son siempre aproximativas en la medida en que están *condicionadas* a la eventualidad de que, en el momento en que se tome en consideración la hipótesis opuesta sobre el mismo hecho, ésta pueda resultar preferible en términos de elección de la alternativa dotada de un mayor grado de confirmación. Se está, pues, ante una determinación del hecho que es aceptable en la medida en que esté confirmada por pruebas positivas suficientes, pero también «incierta» en la medida en que podría ser contradicha por pruebas negativas prevalecientes.

Si se toman en consideración estas distintas posibilidades, así como las examinadas en el apartado anterior, se constata fácilmente la fre-

195. Sobre la contraposición entre pruebas positivas y negativas v. el apartado 2.2 en este capítulo.

196. Esta verificación no es estructuralmente distinta de la que sirve para establecer el grado de confirmación de una hipótesis sobre la base de los elementos de prueba disponibles; al respecto v., en general, *supra*, capítulo IV, 1.1 y 4.1.

197. En otros términos, no se presenta la situación de las hipótesis y de las pruebas opuestas, sobre las que puede verse, en general, *supra*, capítulo IV, 1.2, 1.3 y 3.3.

cuencia con la que el legislador introduce excepciones al modelo ordinario en el que la decisión se basa en una determinación del hecho que resulta —al menos tendencialmente— de la valoración de todas las pruebas disponibles. Las razones que justifican estas excepciones son distintas en cada caso, pero ponen de manifiesto un elemento común fundamental, constituido por la conveniencia de diseñar procedimientos que, por perseguir un rápido pronunciamiento de una resolución jurisdiccional, no pueden permitirse la utilización de las modalidades ordinarias para la adquisición de las pruebas. Así pues, la rapidez prevalece sobre esas modalidades e impone su abandono. Por otra parte, esto no significa en absoluto que se renuncie a establecer la fundamentación de la hipótesis sobre el hecho, ni que esta renuncia deje en la oscuridad las modalidades con las que el hecho se determina. No significa tampoco que el legislador configure claramente uno o unos pocos modelos alternativos de determinación del hecho. Como ya se ha visto, en realidad, tampoco en el ámbito del denominado conocimiento sumario está excluido en absoluto —y en la práctica sucede bastante a menudo— que el hecho sea determinado mediante instrumentos y modalidades equivalentes a las que se utilizan en el procedimiento ordinario e incluso más eficaces. Tampoco cuando las modalidades de prueba del hecho están de algún modo «tipificadas» o limitadas (como se ha visto a propósito del proceso monitorio) se excluye en absoluto —al menos *a priori*— que se llegue a la atribución de un grado suficiente y adecuado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. Es verdad que el legislador se conforma, en esos casos, con un conocimiento no completo en la medida en que no está basado en todas las pruebas disponibles, pero es verdad también que el propio legislador no renuncia a una confirmación razonable de la hipótesis sobre el hecho como base para la resolución judicial. Como ya se ha dicho en diversas ocasiones, el legislador renuncia a las modalidades ordinarias de prueba del hecho, pero esto no implica que se abandone cualquier elemento razonable de confirmación de la hipótesis sobre ese hecho. Por ello, se excluye que existan decisiones de fondo no basadas en una prueba, aunque sea «sumaria», del hecho, sino únicamente en una valoración de su verosimilitud[198]. Por otra parte, queda excluido que

198. En sentido opuesto cf. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, ahora en Id., *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, p. 635. Debe observarse, por otra parte, que aquí se utiliza «verosimilitud» en un sentido riguroso (sobre el que puede verse el apartado siguiente y, *supra*, capítulo III, 2), es decir, como mera correspondencia del hecho al *id quod plerumque accidit*. Calamandrei, en cambio, habla de verosimilitud como sinónimo de «hecho débilmente probado», en referencia al supuesto de las «informacio-

pueda fundarse una decisión en una hipótesis de hecho que carezca de un grado de confirmación suficiente: si esto sucede, en realidad, el juez debe rechazar la demanda y sólo podrá estimarla —en todo caso— si la hipótesis sobre la verdad del hecho se le presenta como la más aceptable entre todas las hipótesis posibles. La atipicidad y la sumariedad con las que se adquieren los elementos de prueba —vale la pena decirlo una vez más— no implican que el juez pueda o deba considerar verdaderas hipótesis de hecho que no estén confirmadas por esos elementos.

Así pues, dado que *siempre*, también en el ámbito del conocimiento sumario, la decisión se basa en hipótesis fácticas confirmadas por elementos de prueba, lo que varía son las modalidades de adquisición de esos elementos y —algunas veces— el ámbito de las pruebas que se pueden utilizar en cada tipo de proceso. Al respecto, como ya se ha mencionado, el legislador emplea diversos modelos y técnicas, con una dosis importante de variabilidad, imprecisión y confusión terminológica y conceptual. En muchos casos, como se ha podido observar al referirse a las «informaciones sumarias» y a los numerosos supuestos análogos, la elección consiste en liberar al juez de las normas ordinarias, dejando, de hecho, a su discrecionalidad la determinación de los elementos de conocimiento que deben adquirirse y de sus respectivas modalidades. De esa forma, no se elimina la necesidad de que la decisión se base en una hipótesis fáctica aceptable, pero se transfiere al juez la tarea de establecer —caso por caso— qué es necesario para que la hipótesis sobre el hecho pueda considerarse confirmada y cómo adquirir los elementos de confirmación necesarios de forma compatible con la naturaleza del procedimiento y con las exigencias que determinan su especificidad.

En otras ocasiones el legislador no deja en manos del juez el problema en su totalidad y, en el contexto de una regulación específica de uno u otro procedimiento sumario, regula directamente el tipo de pruebas admisibles y la dinámica de su adquisición, coordinándola de distintos modos con las decisiones de fondo. Se dan, entonces, los supuestos de conocimiento incompleto o unilateral a los que se ha hecho mención anteriormente, en los que se contraponen modelos particulares de conocimiento sumario al modelo ordinario. Como ya se ha señalado, en esos modelos operan diversas limitaciones relativas a las pruebas que pueden ser utilizadas para valorar la fundamentación de

nes sumarias» (v. *ibid.*). Esta tesis es poco aceptable por dos razones: *a*) porque utiliza inapropiadamente el concepto de verosimilitud; *b*) porque presupone que las informaciones sumarias producen siempre una prueba «débil» del hecho y esto puede no ser así (v. el apartado anterior).

la hipótesis sobre el hecho; en algunos casos esas limitaciones son de tal amplitud que la determinación del hecho se configura como aproximativa, provisional y condicionada, en función de la forma en que se distribuyen las actividades probatorias de las partes en el curso del *iter* procesal. Tampoco en esos casos, sin embargo, se puede decir que la decisión prescinda de la determinación del hecho o que se base en elementos de confirmación insuficientes de la respectiva hipótesis. Si esos elementos son insuficientes, en realidad la petición monitoria tiene que ser necesariamente rechazada; en cambio, normalmente es acogida sobre la base de un juicio de fundamentación de los hechos que no es distinto del que se realiza en el procedimiento ordinario[199]; el hecho de que ese juicio pueda ser desvirtuado cuando el deudor ofrezca en su oposición pruebas negativas prevalecientes no supone que aquél no estuviera justificado en pruebas.

Así pues, sumariedad del conocimiento no significa que la decisión olvide la prueba del hecho, ni que se base en hipótesis fácticas no corroboradas por elementos de confirmación suficientes; en realidad, la sumariedad hace referencia especialmente a la estructura y a las modalidades del procedimiento y sólo indirectamente y con modos e intensidades variables incide sobre la determinación del hecho.

3.5. *Verosimilitud, probabilidad y prueba* prima facie.–Para completar el cuadro de las variantes y de los equívocos que se producen cuando abandona el modelo de referencia constituido por la determinación ordinaria de los hechos, conviene realizar algún comentario acerca de la denominada prueba *prima facie* y sobre los conceptos próximos de verosimilitud y probabilidad. Se ha puesto de manifiesto en su momento el error de fondo que produce la confusión entre probabilidad y verosimilitud, que a veces implica también al concepto de prueba *prima facie*[200], pero resultará útil retomar aquí esa problemática de forma más directamente vinculada a las cuestiones inherentes al léxico de las pruebas.

La confusión entre probabilidad y verosimilitud[201], que está muy difundida, puede articularse en una doble distorsión en el uso de los dos conceptos, derivada de la falta de claridad en la definición de ambos.

199. Cf., una vez más, Garbagnati, *op. cit.*, p. 76.
200. V., *supra*, capítulo III, 2.
201. Cf., entre lo más reciente, Patti, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, en *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 705 ss., también para el supuesto en el que la confusión surge en el plano normativo.

La primera distorsión afecta al concepto de verosimilitud y se produce cuando ésta es entendida como sinónimo de probabilidad, es decir, como situación en la que un hecho no está probado de forma plena pero hay elementos para considerarlo creíble[202]. Debería estar claro, en cambio, que cuando se habla acerca de la posibilidad de que un hecho sea probable, o más probable que otro, no se hace referencia a la verosimilitud[203], sino a la *prueba* de ese hecho, es decir, a la presencia de elementos cognoscitivos que confirman la hipótesis relativa al mismo. En cambio, como se verá mejor inmediatamente, un hecho no es verosímil cuando hay elementos de prueba para considerar aceptable su afirmación sino cuando ésta resulta conforme al *id quod plerumque accidit*.

La segunda distorsión afecta al concepto de probabilidad y se produce cuando se distingue entre prueba y probabilidad del hecho y se define como probable el hecho que no está probado pero resulta de alguna forma creíble[204]. Como puede observarse a partir del análisis realizado en su momento[205], la teoría de la probabilidad aplicada a la prueba suscita numerosos y complejos problemas, pero en alguna de sus versiones ofrece instrumentos útiles para racionalizar el fenómeno probatorio, de forma que resulta superficial e incongruente toda contraposición genérica entre probabilidad y prueba del hecho. «Probabilidad», por otra parte, es un término que se utiliza a menudo para indicar situaciones en las que el hecho no está plenamente probado, pero que, sin embargo, es de alguna forma creíble: «probabilidad» vendría entonces a ser equivalente a una suerte de «prueba débil» o de *probatio inferior* o algo parecido igualmente indeterminado. Está claro, sin embargo, que así se cae en una generalidad tal que sólo puede generar equívocos. Aparte del hecho de que «probabilidad» designa propiamente el *grado* de confirmación de una hipótesis (con independencia de cómo se haya establecido, es decir, prescindiendo de la teoría de la probabilidad que se adopte) y, por tanto, también un grado elevado o muy elevado de confirmación, queda absolutamente indeterminado *cuándo* —es decir, por debajo de qué grado de con-

202. En este sentido, son significativas las tesis de Calamandrei, *op. cit.*, pp. 616 ss., 621, 629 ss., 635, y de Scarselli, *op. cit.*, pp. 503 ss., 507 ss., 510. Al respecto, v. las observaciones críticas ya desarrolladas en el capítulo III, 2.

203. No lo entiende así, en cambio, por ejemplo, Scarselli, *op. cit.*, pp. 508 ss., 510, aunque sobre la base de una concepción confusa e inaceptable de los conceptos de prueba y probabilidad, además del de verosimilitud.

204. Cf., por ejemplo, Calamandrei y Scarselli, en los lugares citados en la nota 202; también Patti, *op. cit.*, pp. 717 s.

205. Cf., en particular, los capítulos III y IV.

firmación— se daría la situación de la prueba débil. Esta acepción de «probabilidad», pues, no sólo es impropia sino que es también confusa y genérica, alusiva y vaga, no pudiendo ser definida con un mínimo de rigor. Además, y en consecuencia, esa noción se presenta de forma irreductiblemente ambigua: es decir, no está claro si hace referencia a la presencia de algún elemento cognoscitivo útil pero no apto por sí solo para ofrecer la prueba del hecho o bien si hace referencia a la situación en la que no hay elementos de prueba del hecho (o por alguna razón se prescinde de ellos), pero sin embargo hay razones para considerar que el hecho es creíble. En el primer supuesto no se trata de situaciones confusas y misteriosas, sino de hipótesis probatorias analizables en términos de presunciones e inferencias probatorias[206]. En el segundo supuesto resulta mucho más correcto hablar de verosimilitud que de probabilidad. Lo que debería evitarse, en cualquier caso, es aludir a estas distintas situaciones sin distinguirlas, usando además un término —«probabilidad»— que tiene un significado muy distinto en los contextos en los que es utilizado de forma estricta. En todo caso, la distorsión que afecta al uso de «probabilidad» consiste esencialmente en la utilización del término en situaciones en las que se trata, en realidad, de verosimilitud del hecho[207].

Esta última noción requiere algún comentario adicional.

En el uso común correcto, es decir, no contaminado por interferencias indebidas de otros conceptos, «verosimilitud» tiene un significado muy claro, aunque tampoco se corresponde absolutamente con el uso epistemológico del término[208]. Este significado equivale sustancialmente al de «normalidad», en la medida en que se considera «verosímil» aquello que se corresponde con el funcionamiento normal de las cosas, es decir, al *id quod plerumque accidit* o a las denominadas máximas de experiencia[209]. Ese significado no está ausente en la doctrina que se ocupa de la verosimilitud[210] y puede ser asumido, eliminando imprecisiones y confusiones, como el significado *propio* del término.

206. Para el análisis de los fenómenos probatorios «débiles», es decir, considerados a veces como no idóneos para integrar la prueba en sentido estricto, v., *supra*, los apartados 3.1 y 3.2.

207. De esta forma, se da la equivalencia entre probabilidad y verosimilitud, pero por medio de dos errores: el primero de ellos consiste en entender la verosimilitud como sinónimo de (baja) probabilidad; el segundo consiste en usar «probabilidad» para hacer referencia a supuestos que son, en realidad, de verosimilitud.

208. Sobre este uso cf., también para referencias adicionales, el apartado 2 del capítulo III.

209. Sobre el concepto de máxima de experiencia y para referencias bibliográficas al respecto, v. capítulo III, 3.3.

210. V., en particular, Calamandrei, *op. cit.*, pp. 621, 628, 633.

Pero esta acepción de «verosimilitud» tiene algunas implicaciones relevantes en el punto que aquí nos interesa.

La primera es que, como ya había intuido Calamandrei, la verosimilitud afecta a la alegación del hecho y no a la prueba del mismo[211]. Con ello, se elimina cualquier alusión a la verosimilitud como «prueba débil» del hecho: el juicio de verosimilitud prescinde completamente de tomar en consideración los (eventuales) elementos de prueba, ya sean «fuertes» o «débiles», y pretende únicamente establecer si el hecho, tal como es afirmado, se corresponde o no con algún criterio de «normalidad».

La segunda y consecuente implicación es que lo que se presenta como verosímil puede ser falso (y no sostenido por *ningún* elemento de prueba), mientras que lo que no parece verosímil puede ser verdadero (y podría disponer de un alto grado de confirmación probatoria). Así, por ejemplo, puede considerarse verosímil que el viernes 7 de febrero de 1992 yo me haya trasladado en coche desde la universidad hasta mi casa, en torno a las 18 horas, dado que los viernes tengo clases y tengo la costumbre de volver en coche a media tarde los días que tengo clases. Pero esta aserción es falsa, y no tiene a su favor ningún elemento de prueba, dado que ese día volví a casa a las 14 horas. La distinción entre afirmación verosímil, en la medida en que se refiere a un comportamiento «habitual», y afirmación falsa, carente de cualquier elemento probatorio, es aquí evidente, como lo es también que de la verosimilitud de esa afirmación no se deriva ningún elemento a favor de su veracidad o probabilidad. El supuesto inverso, por su parte, resulta también fácilmente demostrable. Puede considerarse como no verosímil la afirmación de que yo estuviese viajando en coche a Milán entre las 8 y las 9 de la mañana el 14 de diciembre de 1991, porque no tengo la costumbre de trasladarme a Milán, ni de hacerlo en determinados días de la semana, ni de hacerlo en coche[212], y es demostrable con pruebas que atribuirían un grado de confirmación adecuado a la

211. V. *ibid.*, p. 622.

212. Este uso de «no verosímil» puede parecer impropio, pero no es otra cosa que el significado simétrico al significado corriente de «verosímil» señalado anteriormente. Generalmente «inverosímil» es equiparado a «casi imposible» o «imposible» (v., *supra*, nota 66 en el capítulo III) para indicar que *está en contraste* con reglas o leyes naturales o con máximas de experiencia. La hipótesis de que yo estuviese viajando a Milán en coche la mañana del 14 de diciembre de 1991 no es inverosímil en este sentido, porque es perfectamente *posible*, es decir, no es incompatible con leyes naturales o máximas de experiencia. Pero esa hipótesis no es verosímil porque no se corresponde con un «funcionamiento normal de las cosas».

hipótesis al respecto. No verosímil no significa, pues, «no probable» y mucho menos «no verdadero».

Así pues, dado que la verosimilitud no se corresponde con la probabilidad ni con la verdad, queda claro que la vinculación que se establece, a los efectos de constatar que una afirmación es verosímil, entre ésta y una máxima de experiencia o un *id quod plerumque accidit*, no implica que se formulen inferencias sobre el hecho y que, por tanto, se produzcan consecuencias probatorias sobre el mismo. Es verdad, en efecto, que se hace referencia habitualmente a las máximas de experiencia y al *id quod plerumque accidit* en su función de criterio para formular inferencias sobre la prueba[213], pero nada dice que esto suceda siempre e inevitablemente. Una cosa es, en realidad, que según el mecanismo típico de la prueba indirecta o de la presunción simple, la máxima de experiencia sea utilizada como criterio inferencial para pasar de X («hecho conocido», *factum probans*, hecho secundario) a Y («hecho ignorado», *factum probandum*, hecho principal), formulando sobre Y consecuencias probatorias capaces de atribuir un cierto grado de confirmación a la respectiva hipótesis. Otra cosa es, en cambio, usar la máxima de experiencia o el *id quod plerumque accidit* con la finalidad de establecer si el hecho Y conjeturado entra en la «normalidad» porque se corresponde con lo que habitualmente sucede en ese sector de la experiencia. En ese caso, no se formula inferencia alguna entre hechos, ni se extraen consecuencias cognoscitivas de un hecho respecto del otro; lo que se tiene es, en cambio, una «calificación» de un hecho sobre la base de un criterio constituido por la máxima de experiencia, cuyo resultado es establecer que ese hecho entra o no en la «normalidad» representada por la experiencia común (pero sin que esto diga nada sobre la verdad o falsedad, probabilidad o prueba, de la hipótesis respectiva). Por así decirlo, el juicio de verosimilitud consiste en afirmar que el hecho, si fuese verdadero (y se conjetura que lo es), se correspondería con lo que sucede normalmente[214].

Una vez distinguida de este modo la verosimilitud de la afirmación de un hecho de su probabilidad y de su prueba, debe tenerse en cuen-

213. Cf. el capítulo III, 3.3, el capítulo IV, 2.2 y los apartados 2.1 y 3.1 en este capítulo

214. Puede decirse también que en algún contexto esto es suficiente para decir que el hecho es «creíble», pero debe quedar claro que en ese caso la base de la credibilidad no tiene nada que ver con la aceptabilidad o la fundamentación racional de aquello en lo que se cree y mucho menos con la existencia de elementos cognoscitivos que justifiquen la creencia. En realidad, muchos creen que lo que es «normal» es por ello mismo verdadero, pero actuando así se exponen a muy frecuentes errores.

ta, sin embargo, que el juicio sobre la primera puede cumplir una útil función en el ámbito del proceso. No se trata, por las razones que ya se han presentado ampliamente, de funciones que puedan afectar a la prueba y al conocimiento del hecho ni a la relevancia de la prueba[215]; sin embargo, se trata en cualquier caso de cuestiones referidas de alguna forma a la prueba de los hechos. Así, por ejemplo, en algunos casos se establece como condición para admitir la prueba de una circunstancia una valoración de verosimilitud, quedando en caso negativo excluida: se encuentran supuestos de este tipo en los artículos 2723 y 2724.1 cod. civ. it. y en el artículo 621 cod. proc. civ. it.; además, es de alguna forma análogo el supuesto previsto por el artículo 294.2 cod. proc. civ. it.[216]. En otros casos, bastante frecuentes, el legislador adopta la verosimilitud de un hecho alegado para repartir las cargas de la prueba entre las partes de forma distinta a como resultarían distribuidas según la regla general del artículo 2697 cod. civ. it.: en resumen, el juicio de verosimilitud del hecho opera como presupuesto de fenómenos de inversión o modificación de la carga de la prueba[217].

En los casos en que la verosimilitud de un hecho adquiere importancia procesal, de una u otra forma, puede suceder que no sea implícitamente objeto de una valoración por parte del juez, sino que deba ser demostrada. Al respecto, se habla a veces, de una forma más bien impropia, de «prueba de la verosimilitud», pero también aquí vale la pena realizar alguna aclaración. Por un lado, la verosimilitud del hecho, al constituir el resultado de una valoración de conformidad del hecho a un criterio de normalidad, no puede ser objeto de prueba en sentido estricto, sino sólo —eventualmente— de demostración o de argumentación. Por otro lado, pueden ser objeto de prueba elementos de hecho que resulten útiles para que el juez formule el juicio de verosimilitud: podrá tratarse de cosas o de circunstancias significativas, como el documento del que habla el artículo 2724.1 cod. civ. it., las circunstancias que han impedido la constitución prevista por el artículo 294 cod. proc. civ. it., la profesión o el comercio ejercidos por el tercero o por el deudor, previstos por el artículo 621 cod. proc. civ. it. o el defecto del producto previsto por el artículo 8.3 d.p.r. de 24 de mayo de 1988, n.º 224[218].

215. Cf., también para referencias bibliográficas adicionales, Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 63 ss., 80 ss.

216. Sobre estos supuestos cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 82; Calamandrei, *op. cit.*, pp. 621, 627 s.; Scarselli, *op. cit.*, pp. 506, 513 ss.

217. Para el análisis de algunos supuestos interesantes al respecto, cf. Patti, *op. ult. cit.*

218. Cf. Patti, *op. cit.*, pp. 706 ss.

Pero podrá tratarse también de la demostración del criterio que es necesario para formular la valoración de verosimilitud del hecho alegado. Algunas veces, en efecto, ese criterio está constituido por reglas de experiencia pertenecientes al sentido común y, en ese caso, no será necesario que se demuestre al juez mediante pruebas. Pero puede suceder también que el *id quod plerumque accidit* se refiera a lo que normalmente sucede en un ámbito muy restringido de la experiencia, en un sector técnico particular (por ejemplo del comercio, de la industria, de la producción de bienes, de la organización del trabajo o de una empresa, del uso de técnicas específicas, etc.) o incluso que se refiera, como en los ejemplos discutidos anteriormente, a los hábitos de una determinada persona o a los comportamientos «típicos» de figuras como el testigo, el comprador, la parte que estipula un contrato, etc. En esos casos específicos y particulares, en la medida en que lo sean, puede suceder que la existencia y la naturaleza del *id quod plerumque accidit* no pertenezcan a la «experiencia común» de la que se sirve el juez y que, por tanto, deban ser demostrados en juicio. En todos esos casos, por otra parte, probar la verosimilitud de un hecho no significa otra cosa que demostrar la existencia de datos y criterios que el juez podrá utilizar para valorar la verosimilitud del hecho alegado.

Estas consideraciones nos llevan a observar que en ocasiones el propio legislador parece caer en la confusión, que se ha señalado anteriormente, entre verosimilitud y probabilidad: existen, en efecto, supuestos en los que se modifica la distribución de la carga de la prueba entre las partes sobre el presupuesto de una valoración que se denomina de probabilidad, pero que parece ser, en cambio, de verosimilitud del hecho. Un ejemplo puede ser la exclusión de la responsabilidad del productor si se demuestra que, teniendo en cuenta las circunstancias, es probable que el defecto no existiera cuando el producto se puso en circulación[219]. En realidad, parece que lo que aquí se prevé no es una prueba (ni «fuerte» ni «débil») de la inexistencia del defecto, sino una valoración de verosimilitud, según el *id quod plerumque accidit*, sobre la base de las circunstancias del caso. Serán estas circunstancias las que deberán ser eventualmente probadas, pero no parece que la norma establezca una verdadera y estricta inferencia sobre la prueba o sobre la «probabilidad» del hecho. Más bien, las «circunstancias» sirven para delinear el supuesto de hecho concreto que debe valorarse, es decir, el contexto en el cual el juez debe establecer si ha de considerarse *normal* que el defecto no existiera. Nada dice, en realidad, que lo que aquí se

219. Sobre este supuesto cf. Patti, *op. cit.*, pp. 706, 714 ss.

requiera sea una valoración acerca de la más o menos baja probabilidad del hecho, ni se hace referencia a pruebas o elementos de prueba que fundamenten esa valoración. Por tanto, puede sostenerse la hipótesis de que el legislador ha hablado impropiamente de probabilidad y que se trata, en cambio, de un juicio de verosimilitud.

Otro ejemplo del mismo género parece que puede encontrarse en el artículo 4.5 de la ley de 10 de abril de 1991, n.° 125, en materia de «acciones positivas» para proteger la paridad en el lugar de trabajo, donde se prevé que recaiga en el empleador la carga de probar la inexistencia de la discriminación, cuando el recurrente ofrezca elementos de hecho, obtenidos incluso de datos de carácter estadístico, relativos a la contratación, a los regímenes retributivos, a la asignación de tareas y categorías, a la proyección profesional y a los despidos, que puedan fundamentar en términos precisos y concordantes la presunción de la existencia de actos y comportamientos discriminatorios. No vale la pena repetir aquí las consideraciones ya desarrolladas en otros lugares acerca de la peculiaridad del «hecho» que se trata de probar en supuestos como éste o acerca del carácter problemático de la denominada prueba estadística[220]. En cambio, conviene observar que la presunción a la que se refiere la norma parece pertenecer al conjunto de las presunciones legales y no al de las presunciones simples, dado que su función es la de modificar el reparto de la carga de la prueba o, en todo caso, limitar y reducir las cargas probatorias del recurrente y no la de ofrecer la prueba (más o menos «débil») del hecho. Es verdad, en efecto, que la norma parece recordar la fórmula del artículo 2729 cod. civ. it., relativa a las presunciones simples, cuando se refiere a la necesidad de que los elementos de hecho ofrecidos por el recurrente sean aptos para fundamentar «en términos precisos y concordantes» la presunción de la discriminación. Pero, incluso si se prescinde del hecho de que ese parecido es sólo parcial (porque falta la referencia al requisito de la «gravedad»), no parece haber elementos suficientes para considerar que la norma establece un fenómeno probatorio afín al de las presunciones simples (pero más «débil» porque las inferencias presuntivas no deberían ser necesariamente «graves») y no un mecanismo modificativo de las cargas probatorias.

La presunción que debería derivarse de los elementos de hecho ofrecidos por el recurrente no constituye funcionalmente prueba, siquiera *inferior*, de la discriminación; tampoco cumplen el papel de «hechos conocidos» de los que obtener inferencias sobre la prueba que confirmen la existencia de actos discriminatorios. Al contrario, la fun-

220. V., *supra*, capítulo II, 5.2 y capítulo III, 3.4.

ción de esa presunción, y por tanto de los elementos de hecho que la fundamentan, es precisamente la de eximir al recurrente de la carga de probar que esos actos se han producido. Se trata, pues, de una presunción legal (obviamente *relativa*, dado que se admite la prueba contraria por parte del empleador), caracterizada por una peculiaridad: el hecho que funda la presunción no está previamente tipificado por el legislador y es identificado por el juez sobre la base de las circunstancias —señaladas por la norma— que el recurrente debe indicar[221]. Estas circunstancias, si son precisas y concordantes, sirven para fundamentar la presunción (*legal* relativa) de la discriminación, del mismo modo que la posesión fundamenta la presunción de buena fe del poseedor. Por otra parte, a partir de esas circunstancias no es posible derivar valoraciones de probabilidad acerca de la verdad del acto discriminatorio *en el caso concreto*, aunque sólo sea porque aquellas circunstancias se refieren a conductas «generales» del empleador y a las políticas de gestión de la empresa, no al supuesto particular que es invocado. No parece, pues, que a partir de esas circunstancias se puedan obtener inferencias sobre la prueba en sentido estricto, esto es, capaces de atribuir confirmación (aunque sea «débil») al hecho concreto alegado en la causa específica. Parece, en cambio, que constituyen la base adecuada para un juicio de verosimilitud acerca de ese hecho, es decir, para una valoración de su conformidad a las orientaciones y a los comportamientos que parecen ser típicos de la gestión de la empresa. Para usar la distinción delineada anteriormente, la presunción prevista por la norma en examen se basa en la *verosimilitud* de las conductas o de los actos discriminatorios, no en su probabilidad (y mucho menos en su prueba presuntiva). Si es así, no tiene sentido intentar definir el resultado de la valoración del juez, consiguiente a la demostración de esas circunstancias, en términos de presunciones simples, de baja probabilidad, de partes o fracciones de prueba u otras cosas parecidas, vagas y confusas[222].

221. Vallebona, *L'onere de la prova degli atti discriminatori*, en *Lavoro e diritto*, 1989, pp. 336, 340 ss., parece haber captado bien este punto, destacando, por un lado, que en el ordenamiento italiano las presunciones prueban el hecho, pero la prueba semiplena no es suficiente siquiera para invertir las cargas probatorias y, por el otro, que en el supuesto que se analiza se trata de una presunción legal relativa con el hecho básico «en blanco».

222. En la doctrina elaborada hasta el momento sobre la norma examinada parece prevalecer la idea de que la presunción prevista en la misma tiene carácter probatorio en la medida en que consistiría en la atribución de un cierto grado, aunque sea limitado, de probabilidad a la hipótesis de la existencia de la discriminación (entre lo más reciente, en este sentido, Moshi, *La legge sulle azioni positive: prime considerazioni*, en *D & L*, 1992,

Respecto a estos problemas, no parece particularmente útil o atendible recurrir a la denominada prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis*. Esta noción ha sido ampliamente elaborada y discutida por la doctrina alemana[223], pero no ha tenido éxito el intento, ya antiguo, de «importarla» al ordenamiento italiano[224]. A pesar de esas elaboraciones, por

p. 39). Sin embargo, no se profundiza particularmente en este punto y surgen incertidumbres acerca de los efectos de la presunción: en efecto, hay quien habla de una verdadera y estricta inversión (quizás sólo parcial) de la carga de la prueba, mientras que otros hablan sólo de modificación del reparto de la carga entre las partes. Todo esto, sin embargo, parece carecer de un análisis adecuado de la naturaleza de la presunción que produce esos efectos. Sobre estos problemas, cf. Treu, *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, en *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 132; Catalini Tonelli, *Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge n. 125/1991 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna*, en *Riv. giur. lav.*, 1991, I, pp. 58 s.; Culla, *Azioni positive per la parità uomo-donna nel lavoro*, en *Documenti giustizia*, 1991, n.° 9, p. 48; Barbera, *Una legge per le azioni positive*, en *Dir. prat. lav.*, 1991, n.° 20, p. 1239. Entre lo más reciente v., en particular, Vallebona, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, ponencia presentada en el seminario sobre *L'inversione dell'onere della prova come tecnica regolatrice di interessi*, Milano, 14 de diciembre de 1991.

El problema ya se había discutido, por otra parte, incluso antes de la entrada en vigor de la ley n.° 125: v., en efecto, Ballestrero, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, en *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, pp. 789, 792; Rapisarda, *Note in margine alle proposte di riforma del procedimento a tutela della parità uomo-donna in materia di lavoro*, en *Lavoro 80*, 1989, pp. 24 ss.; Vallebona, *L'onere della prova*, cit., pp. 336, 340.

223. Al respecto cf., entre lo más reciente, Romme, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 95 ss., 109 ss., 121 ss., 152 ss. Cf., además, en la muy rica literatura sobre el tema, Hainmüller, *Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadenersatzprozess*, Tübingen, 1966; Kollhosser, *Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung*, en *Arch. Civ. Praxis* 165, 1965, pp. 46 ss.; Pawlowski, *Der prima-facie Beweis bei Schadenersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag*, Göttingen, 1966; Walter, *Der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweis*, en *ZZP* 90, 1977, pp. 270 ss.; Id., *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pp. 206 ss. [tr. cast., *Libre apreciación de la prueba*, a cargo de T. Banzhaf, Bogotá-Colombia, 1985, pp. 212 ss.]; Wassermeyer, *Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen*, Münster, 1954; Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, München, ⁴1987, pp. 75 ss.; Musielak y Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984, pp. 82 ss.; Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York, 1975, pp. 83 ss.; Maassen, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, pp. 66 ss.

224. Este intento se remonta al trabajo de Pistolese, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime d'esperienza*, Padova, 1935, especialmente pp. 11 ss., 41 ss., 83 ss., al que me remito, también para las referencias bibliográficas a la doctrina menos reciente. La exclusión de la prueba *prima facie* de nuestro ordenamiento ha sido claramente demostrada por Micheli, *L'onere della prova*, reed., Padova, 1966, pp. 207 ss. Ha señalado recientemente Vallebona, *L'onere della prova*, cit., p. 336, que en nuestro sistema no existe la *Anscheinsbeweis* como mecanismo modificativo de las cargas probatorias, siendo necesarias a esos efectos normas específicas sustantivas.

otra parte, el concepto sigue estando caracterizado por ambigüedades que lo hacen de difícil utilización y han limitado su empleo a la cultura procesalista alemana[225]. Tampoco en esta doctrina, por otra parte, faltan voces autorizadas que se pronuncian en el sentido de que el concepto de *Anscheinsbeweis*, aunque está muy difundido en la práctica judicial, es superfluo y sustancialmente inútil en el ámbito de la teoría de las pruebas[226]. A menudo, ese concepto es individualizado constatando que en algunos sectores de la experiencia —especialmente en el de la responsabilidad civil— se producen con una cierta regularidad los «eventos típicos» que, considerados a la luz de las adecuadas máximas de experiencia, permitirían extraer conclusiones acerca del hecho específico que se trata de probar[227]. Se produciría, de esta forma, la «apariencia» (*Anschein*) del hecho que permite invertir la carga de la prueba atribuyendo a la otra parte la carga de demostrar lo contrario[228]. Naturalmente, un mecanismo de este tipo no es aplicable en todos los casos, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia alemanas estén dispuestas a reconocer su operatividad incluso de forma independiente de las expresas previsiones normativas, de forma que acaba siendo admitido únicamente para algunos tipos de problemas, como la determinación del nexo de causalidad o de la culpa a los efectos del resarcimiento del daño[229]; no es éste, sin embargo, el aspecto que aquí resulta más interesante.

225. Para algunas referencias en nuestra doctrina reciente cf. Patti, *op. cit.*, pp. 715 s.; Id., *Prove. Disposizioni generali*, en *Commentario del Codice Civile*, editado por A. Scialoja y G. Branca, Bologna-Roma, 1987, pp. 169 ss. (donde pueden encontrarse también indicaciones bibliográficas adicionales). Hablan también de prueba *prima facie* Ballestrero, *op. cit.*, p. 792; Rapisarda, *op. cit.*, pp. 24 s.; Treu, *op. cit.*, p. 133. En cambio, la doctrina alemana ha señalado, precisamente, la dificultad de individualizar una definición precisa del concepto de *Anscheinsbeweis* como explicación de la falta de recepción de ese concepto en otros ordenamientos: cf. Musielak, *op. cit.*, p. 130.

226. Cf., en este sentido, con distintas motivaciones, Walter, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp. 208, 214 s., 258 [tr. cast., *Libre apreciación*, cit., pp. 212, 229 s., 264 s.]; Musielak y Stadler, *op. cit.*, p. 82; Musielak, *op. cit.*, p. 84; Huber, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, p. 135; Gottwald, *Schadenzurechnung und Schadenersätzung*, München, 1979, pp. 202, 244.

227. Cf. las indicaciones de la doctrina contenidas en las notas anteriores y, en particular, Huber, *op. cit.*, pp. 127 ss.; Musielak y Stadler, *op. cit.*, p. 83; Rommé, *op. cit.*, pp. 5 s., 123; Schneider, *op. cit.*, pp. 75 ss.; Walter, *op. ult. cit.*, pp. 208 ss. [tr. cast., *op. ult. cit.*, pp. 212 ss.]; Musielak, *op. cit.*, pp. 87 y 94.

228. V., una vez más, de forma general la doctrina citada en las notas anteriores y, en particular, Rommé, *op. cit.*, pp. 162 ss.; Musielak y Stadler, *op. cit.*, pp. 93 ss.; Musielak, *op. cit.*, pp. 96 ss.

229. Cf., por ejemplo, Patti, *Le prove*, cit., pp. 172 s.; Schneider, *op. cit.*, pp. 83 ss.; Walter, *Der Anwendungsbereich*, cit.; Huber, *op. cit.*, pp. 131 ss.; Musielak y Stadler, *op. cit.*, pp. 88 ss.; Musielak, *op. cit.*, pp. 99 ss., y Rommé, *op. cit.*, pp. 79 ss.

En realidad, el aspecto más problemático del concepto de *Anscheinsbeweis* es que no está suficientemente clara la naturaleza de la «apariencia del hecho» que se derivaría de las «circunstancias típicas» a través de las máximas de experiencia[230]. Por un lado, en efecto, se tiende a configurar esa apariencia en términos probatorios, es decir, como si se tratara de una suerte de prueba débil, o de «baja probabilidad», relativa a la hipótesis sobre el hecho específico a probar: la apariencia del hecho sería, pues, algo parecido a una *probatio inferior*, confiada en cualquier caso a la libre valoración del juez, que no equivale a la prueba del hecho, pero que es suficiente para someter a la otra parte a la carga de la prueba contraria[231]. No está claro en absoluto cuál es el grado de este tipo de prueba[232] ni en qué se distingue de otros fenómenos probatorios[233] ni tampoco cuál es la razón para considerarla suficiente para producir ese efecto; sin embargo, parece que sí es capaz de atribuir un mínimo grado de aceptabilidad a la hipótesis sobre el hecho[234]. Por otro lado, la apariencia del hecho parece encaminarse, en cambio, a algo similar a la verosimilitud, en los términos en los que se ha definido anteriormente ese concepto[235]. Siendo así, la *Anscheinsbeweis* no es asimilable a la prueba por indicios ni a la prueba por presunciones[236] y es incluso lícito dudar que se trate de una prueba en

230. Otro aspecto problemático, que aquí no puede ser abordado con detenimiento, concierne al efecto de la prueba *prima facie* sobre la carga de la prueba, porque no está claro si se trata de una verdadera inversión de la carga o de una mera reducción de la carga que pesa sobre el actor. Sobre este problema v., en particular, Patti, *Le prove*, cit., p. 171; Rommé, *op. cit.*, pp. 153 ss.
231. V. la bibliografía citada en las notas anteriores y, en particular, Rommé, *op. cit.*, pp. 93 ss., 109 ss.; Musielak, *op. cit.*, p. 130; Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, p. 172.
232. Parece, en efecto, que el concepto en cuestión opera en el sentido de reducir el grado de prueba necesario para establecer el hecho (así, especialmente, Walter, *op. ult. cit.*, pp. 206 ss.; Greger, *op. cit.*, p. 173), pero no está claro cómo se produce esta reducción y cuál es el menor grado de prueba que identifica la *Anscheinsbeweis* (cf. Walter, *ibid.*, pp. 207 ss., 214). Al respecto, no parecen tampoco satisfactorios los intentos de definir ese grado en términos de probabilidad estadística, sobre los que puede verse Musielak, *op. cit.*, pp. 95 ss., 105 ss.; Rommé, *op. cit.*, pp. 105 ss.
233. No parece posible, en particular, distinguir rigurosamente la *Anscheinsbeweis* de la *Indizienbeweis* (cf., especialmente, Musielak, *op. cit.*, pp. 87, 130 s.). Pero, si es realmente así, entonces decaen la autonomía y la consistencia del concepto de *Anscheinsbeweis*.
234. Cf., en particular, Rommé, *op. cit.*, pp. 109 ss., 121 ss., 130 ss.; Huber, *op. cit.*, pp. 132 ss.
235. Sobre la relación entre *Anscheinsbeweis* y verosimilitud cf., por ejemplo, Patti, *Le prove*, cit., pp. 169 ss. e *ivi* otras indicaciones.
236. Cf., por ejemplo, Schneider, *op. cit.*, pp. 89 ss.

sentido estricto[237]. En efecto, si la base de la institución está en la tipicidad del desarrollo de los hechos en ciertos sectores, de forma que la experiencia normal acaba haciendo irrelevantes las circunstancias concretas del caso específico, y la parte no debe probar el hecho sino únicamente mostrar la ocurrencia de un supuesto de hecho típico[238], no se está en el ámbito de la prueba (ni siquiera en el de una prueba inferior o débil) sino en el de la mera alegación de un hecho que resulta calificable como correspondiente a la «normalidad» o a la «tipicidad» del esquema recurrente en el *id quod plerumque accidit* relativo a ese sector de la experiencia.

Como puede verse, la oscilación en el significado que hace fundamentalmente ambigua la noción de prueba *prima facie* se corresponde esencialmente con la confusión entre probabilidad y verosimilitud que se ha discutido anteriormente. Dado que esa ambigüedad no queda resuelta, está probablemente en lo cierto la parte de la doctrina alemana que sostiene la inconsistencia y la inutilidad de esa noción[239]. En todo caso, parece que el recurso al concepto de *Anscheinsbeweis* no sirve para resolver sino para reproducir y agravar los problemas planteados por las relaciones entre prueba, probabilidad y verosimilitud del hecho.

237. En ese sentido, Musielak, *op. cit.*, pp. 84 ss.; Pawlowski, *op. cit.*, pp. 57 ss., 67 y 104. Por su parte, Walter, *op. ult. cit.*, p. 207, habla de técnica para manipular la determinación del hecho.
238. Cf. Patti, *op. ult. cit.*, pp. 169 ss. y la doctrina *ivi* citada, así como, en particular, Musielak, *op. cit.*, p. 87.
239. V. indicaciones bibliográficas en la nota 226.

ENTREVISTA A MICHELE TARUFFO

Jordi Ferrer Beltrán

Jordi Ferrer Beltrán.–En tu libro evidencias un amplio conocimiento de la literatura de filosofía del derecho, del lenguaje, de la ciencia, etc. Dado que es habitual en nuestras culturas que se dé una gran incomunicación entre los estudios de derecho positivo y los filosóficos, resulta extraño que un procesalista haya dedicado tanta atención a la filosofía. ¿En qué medida consideras que ese conocimiento es relevante para la tarea del jurista? ¿Crees que hay sólo algunos temas en los que esa comunicación es necesaria o bien se trata de una cuestión más general?

Michele Taruffo.–Tiendo a concebir el derecho y, en particular, el derecho procesal, como un fenómeno social que se inserta en el contexto más general de la sociedad (hoy: en la sociedad globalizada), de la misma forma que sucede con la economía, la literatura, el arte, la política y muchas otras cosas. Así, la ciencia jurídica se integra en las ciencias sociales y está directamente vinculada con las otras ciencias de la sociedad, como la sociología, la antropología, la historia y la filosofía. El hecho de que el jurista se ocupe del derecho, y que el procesalista se ocupe específicamente del derecho procesal, proviene simplemente de los límites prácticos del conocimiento de cada uno: en cualquier caso, no se puede saber todo. Es más, también es imposible conocer todo el derecho y, hoy en día, incluso es imposible conocer todo el derecho de un solo ordenamiento en un único momento histórico.

Sin embargo, una cosa es constatar los inevitables límites prácticos del conocimiento del jurista, como de cualquier otro estudioso en cualquier otro campo, y otra cosa completamente distinta es hacer de ello

una suerte de ideología de la cultura jurídica según la cual el jurista *no debería* estudiar y conocer nada más que el derecho. Y resulta aún peor la aplicación de esta ideología dentro de los límites de cada sector del derecho, con la consecuencia de que el procesalista civil debería conocer únicamente el derecho procesal civil, el penalista sólo el derecho penal, etcétera.

Una cuestión ulterior, aunque vinculada con ésta, se refiere al significado corriente de la expresión «conocer el derecho». Según la orientación formalista del positivismo jurídico tradicional (y superficial), esa expresión significa «conocer las normas». Por ello, la tarea del procesalista es conocer las normas del derecho procesal. La versión más ampliada de esta concepción alcanza hasta incluir el conocimiento de la jurisprudencia que aplica aquellas normas y, quizás, incluso el conocimiento de la doctrina que las interpreta. No hay nada negativo en ello, dado que es conveniente que el procesalista conozca las normas del derecho procesal (su interpretación y su aplicación). En cambio, me parece erróneo y demasiado limitativo decir que «conocer el derecho procesal» significa sólo eso y que no puede y no debe significar más que eso. Para mí, conocer el derecho (o incluso sólo «un» derecho) significa otra cosa bien distinta: quiere decir conocer la historia del derecho, porque se entiende poco de las normas si no se sabe de dónde provienen, y quiere decir conocer el derecho comparado, porque la dimensión nacional del ordenamiento jurídico está en vías de superación y porque conocer otros ordenamientos es la mejor forma para conocer el propio (y para relativizar los propios conocimientos). En particular, creo que una amplia cultura jurídica es esencial para el jurista (ciertamente, para el teórico lo es, pero también en alguna medida para el práctico) si no quiere limitarse a una descripción superficial de las cosas de las que se ocupa. Unos pocos ejemplos pueden ser suficientes para confirmar esta afirmación: la filosofía del lenguaje y la lógica son instrumentos necesarios para la interpretación de las normas; la teoría y la praxis de la argumentación, en particular en el ámbito del derecho, se fundamentan en premisas filosóficas; la teoría del juicio sobre los hechos y de la prueba tiene su fundamento en la lógica y en la epistemología, en concepciones de la verdad y en teorías del conocimiento.

Naturalmente, la necesidad de utilizar nociones filosóficas varía en función de los problemas que se afrontan y de la perspectiva desde la que se afrontan: respecto de la nulidad de las notificaciones difícilmente resulta necesario recurrir a profundas concepciones filosóficas; en cambio, si el problema es el de la prueba o el del razonamiento del juez o de la decisión, entonces el análisis filosófico resulta inevitable. A

menudo leo artículos y libros que tratan estos problemas de una forma exclusivamente vetero-positivista, es decir, tomando únicamente en consideración las normas que se refieren a las pruebas o a la decisión judicial. Estos productos de una literatura jurídica estrecha y provincial no sólo son pobres y desilusionantes desde el punto de vista cultural: son también incompletos, metodológicamente erróneos, y «dejan fuera» del análisis lo que, en cambio, debería ser el objeto principal del mismo.

J.F.B.–En sentido inverso a la pregunta anterior, la filosofía y la teoría del derecho en nuestros países se han ocupado más de problemas generales acerca del fenómeno jurídico que de cuestiones vinculadas al derecho positivo. Diría, además, que el derecho procesal ha sido particularmente olvidado por buena parte de los teóricos del derecho. ¿Te parece que esa laguna ha supuesto algún menoscabo en la forma de abordar los problemas típicos de tu disciplina? ¿Hay algún tema específico en el que se observe la incomunicación entre teóricos del derecho y dogmáticos con especial gravedad?

M.T.–La falta de atención de los filósofos del derecho por el derecho positivo me parece casi paradójica (como lo sería que los filósofos de la ciencia no prestaran atención a la física o a la biología), pero es un fenómeno muy frecuente en algunas culturas, en las que a menudo el filósofo del derecho no es un jurista y, en cualquier caso, conoce muy escasamente el derecho. Sin embargo, la situación no es siempre ésta: en Alemania, por ejemplo, los filósofos del derecho (estoy pensando en Esser o en Larenz, pero podría mencionar otros nombres) son, o han sido, juristas «positivos», dotados de un conocimiento directo de las cosas de las que hablan, y lo mismo sucede también en otros lugares (me refiero, por ejemplo, a Robert Summers en Estados Unidos). Por suerte (al menos en Italia), la situación está cambiando progresivamente: por un lado, disponemos de juristas famosos que profundizan en temas de teoría general (piénsese, por ejemplo, en Luigi Mengoni y en Natalino Irti, en el ámbito del derecho privado, y en Giulio Ubertis, en el del proceso penal); por otro lado, hay teóricos del derecho que enseñan y estudian materias de derecho positivo (piénsese, por ejemplo, en Riccardo Guastini, respecto del derecho constitucional, y en Luigi Ferrajoli, respecto del derecho penal).

Es verdad, sin embargo, que el derecho procesal, y en particular el derecho procesal civil, ha estado en gran medida lejos de la atención de los filósofos del derecho. Quizás los filósofos piensan —pero, si es así, se trata de un grave error— que el proceso civil está constituido

únicamente por normas técnicas muy detalladas y aburridas y que es, por tanto, adecuado para los juristas prácticos pero no muy interesante para el filósofo. El error es evidente y proviene del hecho de que la justicia civil afronta problemas que no son menos importantes que los que surgen en otras áreas del derecho y que afectan a intereses y conflictos que tienen una importancia fundamental para la vida de los ciudadanos y para el funcionamiento de la economía y de la sociedad.

Esta falta de atención de los filósofos ha tenido diversas consecuencias negativas. Para ellos, una consecuencia ha sido que han perdido buenas oportunidades para ocuparse de problemas interesantes e importantes y de hacerse, por tanto, útiles para la cultura jurídica, además de a la filosófica. Desde el punto de vista de la doctrina procesalista, la consecuencia ha sido que el «procesalista tipo» se ha visto obligado a ser cada vez más formalista y positivista en el sentido más restrictivo del término, a pensar que su materia está integrada únicamente por sofisticados detalles técnicos. En algún caso aislado el procesalista ha tenido que «construirse por sí solo» la filosofía que consideraba indispensable, pero en poquísimos casos se han obtenido con ello buenos resultados; en la mayor parte de los casos los resultados han sido lastimosos: la filosofía hecha por los procesalistas es rica en errores clamorosos y en imperdonables ingenuidades, incluso cuando se trata de personajes famosos (de los que no daré los nombres, por caridad y por prudencia).

J.F.B.–En España se ha ido introduciendo una cierta preocupación por la prueba judicial en virtud de la mayor atención prestada a la motivación de las decisiones judiciales. Circunstancialmente, ello tiene que ver sobre todo con la incorporación a la práctica judicial de toda una serie de principios constitucionales y de las exigencias que, en esa materia, ha ido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, con algunas oscilaciones y de forma mucho más limitada, la del Tribunal Supremo. Por tu parte, mucho antes de escribir este libro, publicaste otro excelente sobre la motivación de las sentencias civiles. ¿Qué vinculación crees que se da entre los problemas de la motivación de las decisiones y los de la prueba? ¿Una teoría de la prueba es dependiente de las exigencias de la motivación? ¿Y a la inversa?

M.T.–Entre el problema de la prueba y el de la justificación de la decisión en la motivación de la sentencia existen vinculaciones muy estrechas. Por un lado, en efecto, conviene advertir que la decisión sobre los hechos de la causa es, a menudo (mucho más de cuanto se piensa habitualmente) el verdadero núcleo esencial de la solución de la controversia. Esto es así no sólo desde el punto de vista práctico (los abogados expertos saben bien que muchos casos se ganan o se pierden «en los hechos», tanto en materia civil como penal), sino también desde el punto de vista más general de la justicia de la decisión, para la que es condición necesaria que los hechos se determinen de forma verdadera (ninguna decisión justa puede basarse en hechos erróneos, decía Jerome Frank. Sobre la verdad de los hechos como condición de justicia de la decisión me remito a mi trabajo *Idee per una teoria della decisione giusta,* en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 315 ss.). Sin embargo, todo esto implica por parte del juez una serie de decisiones y de elecciones que son en gran medida discrecionales y no están directa y rigurosamente determinadas por normas jurídicas, en particular respecto de la relevancia de las pruebas, la credibilidad de medios de prueba (por ejemplo de los testigos), la valoración de la aceptabilidad de cada prueba concreta, la valoración conjunta de todas las pruebas disponibles y, por último, el juicio final sobre la verdad o falsedad de los hechos. Por otro lado, la función esencial de la motivación, y de la obligación de motivar prevista por la ley ordinaria y a menudo también por normas constitucionales, es la de hacer que el juez justifique expresamente sus propias decisiones, sometiendo a control externo (de las partes y de sus abogados, de los jueces superiores y también de la opinión pública especializada o general) las razones por las que ha ejercitado de un determinado modo los poderes decisorios de los que es titular. Éste es un elemento fundamental en los sistemas democráticos: el poder absoluto y arbitrario es el que no ofrece justificaciones; el poder democrático es el que se justifica y se somete a la crítica.

La necesidad de que el juez ofrezca una justificación adecuada, indicando las razones de sus decisiones, es más fuerte en la medida en que estas decisiones no estén rígidamente determinadas por normas o criterios lógico-deductivos y dependan, en cambio, de valoraciones discrecionales del juez. Dado que, como ya he dicho, en los sistemas modernos la prueba y el juicio de hecho recaen típicamente en la discrecionalidad del juez, la exigencia de una motivación adecuada es particularmente intensa para todas las decisiones del juez que integran su razonamiento sobre los hechos.

Resulta difícil decir si la teoría de la prueba debe depender de las exigencias de la motivación o si se debe construir una teoría de la motivación como consecuencia de la teoría de la prueba. Probablemente, la solución está en la síntesis de las dos dimensiones del problema. Observo, no obstante, que una teoría racional y analítica de la prueba y del juicio sobre los hechos puede ser útil no sólo como instrumento de racionalización del razonamiento del juez en la fase de descubri-

miento y formación de la decisión, es decir, cuando el juez realiza las elecciones que le llevarán al juicio final sobre los hechos, sino también cuando debe formular la motivación de la sentencia justificando ese juicio y exponiendo —en términos de «racionalidad justificativa»— las elecciones, los criterios y los pasos lógicos que otorgan validez, y por tanto aceptabilidad, a su decisión. Por el contrario, las concepciones irracionales de la prueba y del convencimiento del juez no responden a ninguna de estas exigencias. Esas concepciones niegan que el juez «razone» cuando se ocupa de las pruebas y de los hechos y, por ello, se ven obligadas a dar por descontado que la decisión es absolutamente subjetiva e intuitiva, y que la motivación de la sentencia no existe o es una exposición puramente formal que no justifica nada. Sin embargo, esta forma de ver las cosas se opone claramente a uno de los postulados fundamentales del Estado democrático. Desde este punto de vista, una teoría racional de la prueba y del convencimiento del juez es necesaria para dar un significado concreto a la obligación de motivar y para hacer que la labor del juez sea coherente con los presupuestos de la administración de la justicia en los ordenamientos modernos.

J.F.B.–La dogmática procesalista y la teoría del derecho se han preocupado fundamentalmente de la justificación de las decisiones en materia de derecho y no tanto en materia de hechos. También la jurisprudencia, tanto española como italiana, ha elaborado criterios principalmente sobre el control de esas decisiones en lo que se refiere a la aplicación del derecho y ha olvidado o negado expresamente en muchas ocasiones la posibilidad de control sobre la determinación de los hechos. ¿A qué crees que es debido ese fenómeno y cuáles te parecen sus principales consecuencias?

M.T.–Las razones de este fenómeno son varias, pero todas ellas se remontan a los límites de la cultura jurídica que ha prevalecido durante mucho tiempo, y que en gran medida prevalece aún, en Italia y en España, pero también en otros lugares.

Una de esas razones, muy general pero muy importante, es la convicción de que el jurista debe ocuparse sólo de lo que es «jurídico», entendiéndose por jurídico, en sentido tradicionalmente positivista, sólo aquello que está directamente regulado por normas jurídicas. Lo que no es íntegramente jurídico en ese sentido, según esta perspectiva, *non est de hoc mundo* y, por tanto, tiende a ser excluido de la atención del jurista y del teórico del derecho. Esta cultura jurídica, centrada de forma tendencialmente exclusiva en los fenómenos normativos, olvida muchas otras dimensiones que, en cambio, resultan necesarias para la

propia comprensión de esos fenómenos, desde la sociología hasta la historia, desde la economía hasta la lógica. En este sentido, el jurista típico es «ignorante», en la medida en que no sabe nada (a no ser por casualidad o por gusto personal) de cualquier cosa que no pueda integrarse en una concepción fuertemente restrictiva de lo que es «derecho».

Una segunda razón, más específica pero vinculada y quizás dependiente de la primera, es que cuando el jurista medio piensa en el modelo típico de la decisión piensa en la decisión «sobre el derecho». Una explicación parcial de este hecho podría remitirse a la concepción burocrático-piramidal de la justicia, que está muy difundida y condiciona varios aspectos de la cultura jurídica. Según esta concepción, el modelo ideal de decisión es el que se sitúa en el vértice del sistema, es decir, en el nivel más alto en el que se explica la función jurisdiccional. Sin embargo, en el vértice de la pirámide se encuentran cortes supremas que, como la Corte di Cassazione en Italia, juegan el papel de «cortes de legitimidad» y, por tanto, se ocupan de cuestiones de derecho y no de cuestiones de hecho. Esta forma de pensar supone una deformación muy importante: se olvida que la «verdadera» justicia es aquella que se administra en los tribunales inferiores, especialmente en los tribunales de primera instancia, donde se determinan los hechos y sobre la base de éstos se aplica el derecho. Esos tribunales, además, deciden todas las controversias, mientras que una minoría relativamente exigua de casos alcanza, para un juicio final de legalidad, los tribunales del vértice.

La falta de atención hacia los hechos ha producido diversas consecuencias negativas. La principal es que no se han elaborado de forma suficientemente detallada y profunda los criterios para un control de validez racional del juicio de hecho. Un efecto ulterior ha sido que, incluso cuando la ley prevé el control en casación sobre la motivación de la sentencia (como por ejemplo en el art. 360.5 del cod. proc. civ. it.) y este control se refiere principalmente a la justificación del juicio de hecho, faltan los criterios para efectuarlo de forma adecuada. En consecuencia: o bien este control es absolutamente superficial, y no sirve para verificar realmente si el juez ha justificado su decisión sobre los hechos, legitimando como suficientes motivaciones que en realidad no lo son; o bien —en el extremo opuesto— el control sobre la motivación se convierte, en realidad, en una nueva decisión sobre los hechos por parte del tribunal supremo (que de esta forma viola los límites de su función como tribunal únicamente de legitimidad).

Por otra parte, la falta o la insuficiencia de criterios analíticos para el control sobre la racionalidad del juicio de hecho y de su justificación refuerza la idea difundida de que el libre convencimiento del juez es,

en realidad, el resultado de valoraciones arbitrarias, subjetivas e inescrutables, que no es posible reconducir a ningún criterio racional.

J.F.B.–La doctrina procesalista mayoritaria, creo que tanto en España como en Italia, sostiene tesis que, con mayor o menor grado de escepticismo frente a la posibilidad de control racional, vinculan la prueba a la convicción del juez acerca de los hechos ocurridos. ¿Te parece que ello supone una desvinculación de las nociones de prueba y verdad y, en todo caso, cuál es la relación que en tu opinión existe entre esos dos conceptos?

M.T.–Tengo la impresión que la doctrina mayoritaria no sólo está condicionada por la incapacidad de considerar y profundizar en las implicaciones filosóficas y epistemológicas de la determinación de la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas, sino también por una especie de escepticismo típico de los abogados (no olvidemos que muchos procesalistas académicos son también abogados) respecto de la posibilidad de que se pueda alcanzar alguna verdad en juicio acerca de los hechos del caso. Es difícil decir cuál de estos dos factores tiene una mayor importancia: ciertamente, ambos convergen en el sentido de inducir a la doctrina a adoptar una aproximación rigurosamente legalista respecto de la prueba, una aproximación formalista respecto de la verdad judicial (según la cual se entiende de forma convencional como «procesalmente verdadero» cualquier resultado de la decisión sobre los hechos) y una aproximación sustancialmente irracionalista respecto del convencimiento del juez.

De este modo, tanto la prueba como la verdad son entendidas de forma legalista-formalista: la prueba es aquello que la ley regula como tal y la verdad es la consecuencia que en cualquier caso extrae el juez a partir de las pruebas. Así, se habla de verdad «formal» o «procesal», precisamente para distinguir dicha verdad «judicial» de la verdad «verdadera», es decir, de la que se supone que existe fuera del proceso pero que se concibe como inalcanzable en el proceso. Desde esta perspectiva, prueba y verdad procesal se sitúan —por así decirlo— en el mismo lado: son recíprocamente coherentes dentro de una concepción monodimensional y exclusivamente formalista de la decisión sobre los hechos. Lo que resulta excluido en esta concepción es la posibilidad de que el juez utilice instrumentos racionales para conseguir, a partir de las pruebas, construir su decisión sobre una aproximación razonablemente aceptable a la realidad histórica o empírica de los hechos.

En el libro he intentado eludir la perspectiva mayoritaria y demostrar que la prueba es un fenómeno no sólo jurídico; que en el proceso

es posible alcanzar una «verdad relativa» razonablemente aproximada a la realidad de los hechos; que existen criterios racionales para valorar las pruebas, etc. En resumen, estoy convencido de que la orientación prevaleciente es errónea y que es posible, en cambio, además de necesaria, una concepción racional y no formalista de la prueba y de la verdad judicial. Desde mi perspectiva, la relación entre prueba y verdad se plantea en términos bastante claros: la prueba es el instrumento del que disponen las partes y el juez para determinar en el proceso si se pueden o no considerar como verdaderos los enunciados relativos a los hechos principales del caso, bajo la premisa de que en el proceso es posible, con criterios racionales, obtener una aproximación adecuada a la realidad empírica de esos hechos.

J.F.B.–En el libro sostienes que el problema central no es si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad, sino más bien establecer qué debe entenderse por «verdad» de los (enunciados acerca de los) hechos. De forma sintética, ¿qué debe entenderse por «verdad» de los (enunciados acerca de los) hechos?

M. T.–Preguntarse si el proceso debe o no estar dirigido hacia el descubrimiento de la verdad me parece un modo particularmente disparatado de perder el tiempo. ¿Es que hay alguien dispuesto a sostener que el proceso *no debe* estar orientado hacia la búsqueda de la verdad? Por mucho que pueda parecer sorprendente y paradójico, hay quien sostiene esta tesis: es más, se trata de una opinión bastante difundida, aunque no se exprese en términos tan radicales, especialmente entre quienes piensan que el proceso debe servir exclusivamente para resolver conflictos, sin importar cómo ni según qué criterios, más que para aplicar la ley reconociendo derechos a quien es realmente titular de los mismos. Éste es, no obstante, un complicado problema de teoría general del proceso que va mucho más allá del tema de la prueba y que no podemos discutir aquí.

En cualquier caso, mi opinión es que el proceso no sólo pretende producir decisiones, sino también decisiones *justas*. Como ya he dicho anteriormente, pienso que una decisión sólo puede ser justa si se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso (además de derivar de un proceso correcto y de la justa interpretación y aplicación de las normas). Por tanto, el verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino comprender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que constituya el fundamento de la decisión.

Esta verdad no puede ser en algún sentido absoluta, y es necesariamente contextual y relativa. Puede ser definida como la mejor aproximación posible, sobre la base de las pruebas, a la realidad empírica de los hechos relevantes para la decisión. En términos más analíticos se puede decir que se ha establecido la verdad de un hecho cuando el enunciado que lo describe ha obtenido, sobre la base de los conocimientos aportados por las pruebas y por las inferencias basadas en éstas, un grado de confirmación lógica prevaleciente sobre el que puede ser atribuido a cualquier otra hipótesis, de modo que resulta racional escoger ese enunciado como «descripción verdadera» del hecho en cuestión. En resumen, la verdad del enunciado es una función de la confirmación lógica que puede derivarse de las pruebas que a él se refieren.

J.F.B.–Tu principal dedicación investigadora y académica se ha producido siempre en el campo del derecho procesal civil. Ahora bien, más allá de las distintas regulaciones jurídicas al respecto, ¿te parece que el concepto de prueba y de hecho probado es general y, por tanto, aplicable tanto al ámbito civil como al penal, administrativo, laboral, etc., o bien que deben elaborarse teorías específicas sobre la prueba en cada uno de esos contextos?

M.T.–Es verdad que existen distintas regulaciones jurídicas de la prueba, también dentro de un mismo ordenamiento, en función de que nos enfrentemos al proceso civil, penal o administrativo; e incluso en el ámbito del proceso civil, por ejemplo, en función de que nos enfrentemos al proceso ordinario o a un proceso especial. Además, debe tenerse en cuenta que la regulación jurídica de la prueba puede variar de forma muy importante en los diversos sistemas procesales. Así, por ejemplo, las normas sobre las pruebas en el proceso del *common law* son muy distintas de las normas sobre las pruebas en los sistemas del *civil law*: cambian las reglas de inadmisibilidad, las técnicas de asunción de los medios de prueba, las reglas de valoración de las pruebas y, en algún caso, también la configuración del órgano que valora las pruebas y decide sobre los hechos, como en el caso del *jury* norteamericano.

Sin embargo, creo que una teoría general de la prueba está en disposición de dar cuenta de los conceptos fundamentales relativos a la estructura lógica del razonamiento probatorio y al convencimiento del juez, y que, por tanto, puede valer en gran medida tanto respecto de los diversos modelos de proceso que pueden existir en el mismo ordenamiento como respecto de los distintos sistemas procesales.

Debe tenerse en cuenta el hecho de que en los ordenamientos procesales modernos la regulación jurídica de la prueba cubre sólo algunos aspectos, prácticamente importantes pero conceptualmente marginales, del fenómeno probatorio. Así, por ejemplo, las reglas de exclusión de la prueba testifical son completamente distintas en Italia y en Estados Unidos, pero afectan sólo a la inadmisibilidad de la prueba testifical. En todo lo demás, es decir, en los aspectos esenciales de la prueba, no hay diferencias relevantes. Pueden realizarse análogas consideraciones, incluso más significativas, respecto de otras pruebas: por ejemplo, entre las presunciones simples del derecho europeo y la *circumstantial evidence* del derecho americano no hay ninguna diferencia estructural significativa. Más allá de las diferencias nominalistas, se trata en realidad del mismo fenómeno.

Por ello es legítimo pensar que las diferencias normativas son, en definitiva, secundarias respecto del núcleo fundamental de la teoría de la prueba y que, de este modo, ésta puede ser válida para distintos tipos de proceso. Sería, entonces, inútil y también metodológicamente erróneo intentar construir una teoría de la prueba civil, una de la prueba penal, una de la prueba italiana, una de la prueba española o francesa, etc. No es casualidad que al tratar la teoría de la prueba los procesalistas civiles y penales usen sustancialmente los mismos conceptos y el mismo lenguaje. Además, en Estados Unidos existe un sólo derecho de las pruebas, común a los ámbitos civil y penal, que se enseña y se estudia en manuales específicos, como materia autónoma y común a todos los tipos de proceso.

Naturalmente, esto no significa que las diferencias entre los distintos sistemas procesales no tengan ninguna importancia. Son importantes, e incluso muy interesantes, desde el punto de vista del análisis comparado y —naturalmente— del de la práctica judicial. Lo que quiero decir es que esas diferencias son secundarias en el plano teórico general. Por decirlo así, una teoría general de la prueba puede ser concebida como un *leitmotiv*: las específicas regulaciones jurídicas de la prueba, incluso en los casos más relevantes, no son más que variaciones parciales sobre el tema.

Desde el punto de vista teórico estas variaciones pueden tener una relevancia no desdeñable, no en el sentido de hacer necesarias teorías distintas, sino más bien en el sentido de mostrar como cada ordenamiento procesal puede ser construido de forma que favorezca u obstaculice la búsqueda de la verdad sobre los hechos. Por ejemplo: un proceso en el que existan muchas reglas de exclusión es un proceso en el que no ingresan muchos medios de prueba que podrían ser relevantes para la determinación de los hechos y, por tanto, es un proceso que limita y obstaculiza, en lugar de favorecer, que se alcance la verdad. Se

favorece, en cambio, la búsqueda de la verdad cuando existen pocas reglas de exclusión o bien —como sostenía Bentham— cuando no hay ninguna.

De forma análoga: un proceso en el que existan numerosas reglas de prueba legal está menos orientado hacia la verdad que un proceso en el que se aplique íntegramente el principio de la libre convicción del juez. Aún más: un proceso en el que se utilicen técnicas de asunción de las pruebas orales que permitan profundizar en el análisis de los conocimientos del testigo y verificar eficazmente su atendibilidad (como cuando se adopta la *cross examination*) está más orientado hacia la verdad que un proceso en el que el testigo es interrogado por un juez que no conoce los hechos del caso y está poco interesado en verificar la credibilidad de las declaraciones testificales.

Estas diferencias, que no son muy importantes desde el punto de vista teórico, expresan distintas orientaciones de política jurídica de los diversos legisladores respecto de si, y en su caso cómo, la decisión judicial debe o puede basarse en una determinación verdadera de los hechos, o bien si puede prescindir de la verdad o debe contentarse con verdades parciales. En el fondo, algunas veces las normas sobre las pruebas son el resultado del conflicto o de la mediación entre el valor representado por la verdad y otros valores (como los que están vinculados a la configuración del papel de las partes en el proceso o a la tutela de los secretos) que están en conflicto con la exigencia de establecer en juicio la efectiva verdad de los hechos. A menudo, también, las normas sobre las pruebas son simplemente el fruto del retraso cultural del legislador respecto de la evolución de los problemas y de las teorías, como sucede, en particular, en Italia respecto de la regulación de las pruebas civiles.

J.F.B.–Han pasado diez años desde que apareciera la versión original italiana de este libro hasta que sale a la luz en versión castellana. En ese tiempo, ¿cuáles son las aportaciones principales que se han realizado al problema de la prueba? ¿Suponen, algunas de ellas, el abandono por tu parte de tesis que sostengas en el libro?

M.T.–Respecto de la situación de la literatura italiana e internacional que pude tomar en consideración cuando escribí el libro, se han producido algunos desarrollos importantes de los que he intentado ocuparme en estos últimos años (véase las indicaciones de algunos de mis trabajos en la *Nota bibliográfica*). Si escribiera ahora el libro, o dentro de algunos años, debería dedicar mucha atención a esos desarrollos.

Indicaré aquí sintéticamente los temas que me parecen más relevantes, aunque obviamente sin discutirlos como se merecerían, y sólo para llamar la atención de los estudiosos de la prueba sobre los mismos.

Está adquiriendo una importancia siempre mayor, y es ya objeto de una vasta literatura, especialmente en Estados Unidos, el problema de las *pruebas científicas*, es decir, el problema de la utilización de conocimientos y de procedimientos científicos como medios de determinación de los hechos en juicio. Se trata de un fenómeno muy frecuente, que suscita importantes cuestiones acerca de la naturaleza y calidad de los conocimientos científicos que se utilizan en el proceso, de los controles y de las modalidades de adquisición procesal de esos conocimientos y del uso que el juez puede hacer de ellos.

Otro fenómeno que está adquiriendo rápidamente notable importancia y que produce numerosos problemas que no han tenido aún una solución satisfactoria es el de la *prueba informática*, es decir, de todos los tipos de prueba que son el resultado de la utilización de los ordenadores y de los medios de comunicación telemática.

Hay también novedades interesantes tanto en el ámbito del análisis comparado del derecho de las pruebas (véase especialmente el libro de Damaška citado en la *Nota bibliográfica*) como en el ámbito de los instrumentos de análisis teórico de las inferencias sobre la prueba (véase el volumen de Schum citado también en la *Nota*).

Como puede verse a partir de este breve recuento, las líneas de desarrollo verdaderamente importantes no son, después de todo, muy numerosas. En cualquier caso, me parece que ninguna de ellas ha producido el abandono por mi parte de algún aspecto sustancial de lo que sostengo en el libro. Se trata, más bien, de líneas de evolución y de profundización que también yo intento seguir y que son perfectamente coherentes con mis posiciones teóricas. Si tuviese que escribir otro libro sobre las pruebas, por tanto, mantendría sustancialmente las mismas posiciones y desarrollaría mejor algunas implicaciones que hace diez años no estaban aún maduras o no se habían manifestado de forma suficientemente clara.

En el futuro, quizás, podría cambiar de opinión sobre un punto. He defendido, y aún estoy convencido de ello, la inaplicabilidad del teorema de Bayes y de los cálculos cuantitativos de la probabilidad al problema de la prueba y de la determinación de los hechos. Algunos estudiosos de la teoría de la probabilidad estadística admiten que algunas de mis principales objeciones están justificadas *ahora*, pero sostienen que podrían ser superadas por desarrollos teóricos que parecen estar en curso y que podrían producir resultados dentro de unos diez

años. Espero con fe el resultado de esas investigaciones (y también estar aquí para tomar nota de ellas), dispuesto para modificar mis posiciones teóricas cuando realmente la teoría de la probabilidad estadística haya resuelto los problemas que permanecen aún sin solución y que la hacen inaplicable a la prueba judicial. En el fondo, sólo los estúpidos no cambian nunca de opinión.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Dado que la versión original del libro fue publicada hace ya unos años, creo que se hace indispensable una actualización bibliográfica. Está claro, sin embargo, que es imposible ofrecer aquí una bibliografía completa, especialmente respecto de los artículos aparecidos en revistas jurídicas, que sobre algunos temas son verdaderamente muchos. Por razones parecidas no indicaré las sucesivas ediciones de manuales, tratados y comentarios.

Para el lector que esté particularmente interesado en lo que he escrito en materia de pruebas después de la publicación del libro puedo señalar los siguientes artículos:

Giudizio: processo, decisione, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, pp. 787 ss.
Funzione della prova: la funzione dimostrativa, en *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1997, pp. 553 ss.
Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense, en *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1996, pp. 219 ss.
Elementi per un'analisi del giudizio di fatto, en *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1995, pp. 785 ss.

De la literatura española reciente me parecen particularmente interesantes los libros siguientes:

Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba,* Madrid-Barcelona, 1999.
Garcimartín Montero, Regina, *El Objeto de la Prueba en el Proceso Civil,* Barcelona, 1997.
Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Barcelona, 1996.
Díaz Cabiale, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez,* Granada, 1996.

De la literatura italiana reciente pueden verse:

Lombardo, Luigi, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo,* Milano, 1999.
Ricci, Gian Franco, *Le prove atipiche,* Milano, 1999.
Comoglio, Luigi Paolo, *Le prove civili*, Torino, 1998.

Para aproximaciones interdisciplinares a la problemática de las pruebas son de utilidad:

Questions of Evidence. Proof, Practice and Persuasion across the Disciplines, ed. por J. Chandler, A. I. Davidson y H. Harootunian, Chicago-London, 1994.
Le concept de la preuve à la lumière de l'intelligence artificielle, bajo la dirección de J. Sallantin y J. J. Szczeciniarz, Paris, 1999.

En el ámbito del análisis comparado es fundamental Damaška, Mirjan, *Evidence Law Adrift,* New Haven-London, 1997.

El pequeño volumen de Damaška ha constituido la oportunidad para la realización de un simposio sobre el tema «Truth & its Rivals: Evidence Reforms and the Goals of Evidence Law», que ha dado lugar a varias decenas de ensayos sobre numerosos aspectos de la temática de las pruebas, publicados en *Hastings Law Journal* 49, 1998, pp. 289-1189.

Sobre el análisis lógico de las inferencias sobre la prueba deben consultarse:

Schum, David A., *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning,* New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore, 1994.
Kadam, Joseph B. y Schum, David A., *A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence,* New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore, 1996.
Advances in the Dempster-Shafer Theory of Evidence, ed. por R. R. Yager, M. Fedrizzi y J. Kacprzyk, New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore, 1994.

Sobre el tema de las pruebas científicas se pueden consultar:

Science in Court, ed. por M. Freeman y H. Reece, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1998.
Foster, Kenneth R. y Huber, Peter W., *Judging Science: Scientific Knowledge and the Federal Courts,* Cambridge, Mass.-London, 1999.
Sanders, Joseph, *Bendectin on Trial. A Study of Mass Tort Litigation,* Ann Arbor, 1998.
Le droit des preuves au défi de la modernité, Paris, 2000.

ÍNDICE ANALÍTICO

ÍNDICE DE DISPOSICIONES CITADAS

Michele Taruffo (1943)

Es doctor en Derecho por la Universidad de Pavía, donde ejerce la docencia y la investigación desde 1965 como profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil. Taruffo ha sido, además, profesor visitante de las Universidades de Cornell (1994-1996) y Pennsylvania (1997) y conferenciante en otras universidades.

Entre sus obras más importantes cabe destacar *Studi sulla rilevanza della prova* (Padua, 1970), *La motivazione della sentenza civile* (Padua, 1975), *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana* (Padua, 1979), *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi* (Bolonia, 1980), *Il vertice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile* (Bolonia, 1991) y la que ahora se presenta en versión castellana, *La prova dei fatti giuridici* (Milán, 1992). Ha colaborado, además, en numerosas obras colectivas sobre derecho procesal y teoría del derecho y ha editado un centenar de artículos sobre temas de su especialidad.